



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION D
NOTIFICACION POR ESTADO ORALIDAD

Fecha Estado: 01/07/2020

Estado No 041

SUBSECCION D

Página: 1

NUMERO DE EXPEDIENTE	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA AUTO	CUADERNO	ACTUACION	MAGISTRADO
----------------------	------------	-----------	------------	----------	-----------	------------

Clase de Proceso NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2018 00388 01	GUILLERMO LEON APACHE MARTINEZ	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA - CASUR	18/05/2020		2. INST. SE REVOCA EL AUTO APELADO. JHSF	JORGE HERNAN SANCHEZ FELIZZOLA
2018 00011 02	HERNANDO PRADA GONZALEZ	NACION- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES	19/03/2020		REVOCA AUTO. JHSF/MM	JORGE HERNAN SANCHEZ FELIZZOLA
2017 00464 01	VICTOR MIGUEL CAMACHO ARCE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA	30/06/2020	1	CONFIRMA EL AUTO PROFERIDO POR EL JUZGADO 14 ADTIVO DE BOGOTA//LAAP/JP	LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA
2014 00178 01	ANGELA YOMAIRA AMORTEGUI AVELLANEDA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURDAD- DAS.	30/06/2020	1; 2T;2A	CONFIRMA EL AUTO PROFERIDO POR EL JUZGADO 28 ADTIVO DE BOGOTA// JP/LAAP	LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA

EL PRESENTE ESTADO SE FIJA HOY

01/07/2020

A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.)

SE DESFIJA HOY

01/07/2020

A LAS CINCO DE LA TARDE (5 P.M.)


LEIDY MARCELA GUEVARA COLLAZOS
OFICIAL MAYOR


Fecha Estado: 01/07/2020

Estado No 041

SUBSECCION D

Página: 2

NUMERO DE EXPEDIENTE	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA AUTO	CUADERNO	ACTUACION	MAGISTRADO
----------------------	------------	-----------	------------	----------	-----------	------------

2018 00105 01

LEONARDO ANDRES
SALGADO RAMIREZ

PERSONERIA DE BOGOTÁ

30/06/2020

1+2A

CONFIRMA PARCIALMENTE EL
AUTO PROFERIDO POR EL
JUZGADO 49 ADTIVO DE
BOGOTA.//LAAP/JP

LUIS ALBERTO ALVAREZ
PARRA

2015 03281 00

UNIDAD
ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTION
PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES

YESID RAMIREZ BASTIDAS

19/03/2020

ACCEDE A LA SOLICITUD DE
ADICIÓN DE AUTO. JHSF/MAHC

LUIS ALBERTO ALVAREZ
PARRA

2015 06096 00

FONDO DE PREVISION
SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA
REPUBLICA

MARIA ODIS OSORIO
GIRALDO

19/03/2020

1. INST. DECIDE MEDIDA
CAUTELAR SOLICITADA.
JHSF/MAHC

LUIS ALBERTO ALVAREZ
PARRA

EL PRESENTE ESTADO SE FIJA HOY

01/07/2020

A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.)

SE DESFIJA HOY

01/07/2020

A LAS CINCO DE LA TARDE (5 P.M.)



 LEIDY MARCELA GUEVARA COLLAZOS
 OFICIAL MAYOR

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"

MAGISTRADO PONENTE DR. JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE	:	25000-23-42-000-2015-03281-00
DEMANDANTE	:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P..
DEMANDADO	:	YESID RAMÍREZ BASTIDAS
ASUNTO	:	ADICIÓN MEDIDA CAUTELAR

Procede la Sala, a resolver la solicitud de adición del auto del 27 de febrero de 2020, presentada por el apoderado de la parte demandada, mediante escrito visible a folios 129 a 134 del cuaderno de medidas cautelares, tendiente a que se precise, el término en el cual, la U.G.P.P., debe proceder a la liquidar la pensión ordenada en el auto del 27 de febrero de 2020, así como la cuantía de la misma, toda vez que dicha decisión, no se pronunció al respecto.

I. DEL AUTO OBJETO DE ADICIÓN

Mediante auto del 27 de febrero de 2020, se decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 06774 del 25 de febrero de 2008, mediante la cual, la Caja Nacional de Previsión Social (entidad liquidada) le reconoció la pensión de vejez con el régimen de Congresistas al demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juez Cuarto (4º) Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C. del 18 de diciembre de 2007 y de la Resolución No. UGM 000007 del 20 de junio de 2011, a través de la cual, la citada entidad, reliquidó, dicha prestación social.

Dicha decisión, tuvo sustento al considerar, que el demandado, **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, al 1º de abril de 1994, no ostentaba la calidad de Magistrado de Alta Corte, razón por la cual, se concluyó, que la aplicación que de la norma hizo la U.G.P.P., al momento de reconocerle la pensión de jubilación al accionado, no se ajustó a las orientaciones dadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En razón de lo anterior y en aras de proteger el derecho fundamental de la Seguridad Social y garantizar el mínimo vital del demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, se ordenó a la U.G.P.P., que liquidara nuevamente la pensión de jubilación del demandado, con fundamento en el Decreto 546 de 1971 que se aplica en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (como quiera que para el 1º de abril de 1994, contaba con 15 años de servicios, según se desprende de los tiempos de servicio relacionados en los considerandos de la Resolución UGM 000007), incluyendo los reajustes de Ley a la fecha.

II. SOLICITUD DE ADICIÓN

En su escrito, el apoderado de la parte demandada, solicita, se adicione el auto del 27 de febrero de 2020, toda vez que no se precisó, en primer lugar, el término que tiene la U.G.P.P., para liquidar la pensión ordenada y en segundo lugar, la cuantía en que debe reconocerse la mesada, la cual debe ser, con el 75% del salario más alto devengado en el último año.

III. CONSIDERACIONES

En atención a que en el presente proceso la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es el caso revisar, en materia de adición de autos, el contenido del artículo 287 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo del 306 del C.P.A.C.A., que establece:

***"Artículo 287. Adición.** Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad*

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvenición o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal".

De la norma en cita, se extrae, que la adición de autos y sentencias, ocurre, cuando en la decisión, se omitió el pronunciamiento sobre uno de los puntos objeto de la litis, o, sobre algún aspecto que debía ser objeto de pronunciamiento.

En el caso sub examine, se tiene, que una vez se determinó por la Sala, que no era posible extenderle los beneficios del régimen especial de Congresistas al demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, como quiera que para el 1° de abril de 1994, no ostentaba la calidad de Magistrado de Alta Corte, por auto del 27 de febrero de 2020, se decretó la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 06774 del 25 de febrero de 2008 y UGM 000007 del 20 de junio de 2011, por medio de las cuales se le reconoció pensión de jubilación al demandado, con el régimen de Congresistas y se ordenó a la U.G.P.P., que liquidara la pensión de jubilación al demandado, con fundamento en el Decreto 546 de 1971 (por vía de transición de la Ley 100 de 1993), en aras de protegerle el derecho fundamental de la Seguridad Social y garantizarle el mínimo vital. No obstante lo anterior, la parte demandada, considera, que dicha decisión, debe ser adicionada, en dos aspectos, i) En fijar un término para que la entidad liquide la pensión ordenada y ii) En precisar que el monto de la mesada que se ordenó reconocer, debe corresponder, al 75% del salario más alto devengado en el último año.

Pues bien, en cuanto al término que tiene la U.G.P.P., para proferir el acto administrativo que dé cumplimiento a la orden dada en el auto del 27 de febrero de 2020, la Sala precisa, que debe ser de manera inmediata, pues el reconocimiento y pago, debe hacerse, sin solución de continuidad, por tratarse de una medida cautelar.

En cuanto al monto en que debe reconocerse la pensión, debe señalarse, que como el demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1994, toda vez que para el 1° de abril de 1994, tenía 15 años de servicios, según se desprende de los tiempos de servicio relacionados en los considerandos de la Resolución No.

137

UGM 000007 del 20 de junio de 2011, el régimen con el que debe reconocerse la prestación, es aquél al que se encontraba vinculado para dicha fecha, que no es otro que el contenido en el Decreto 546 de 1971 "Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares", en el cual se dispone:

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

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, es beneficiario del régimen de transición, debe darse aplicación a lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en la cual, fijó un criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el fin de superar los distintos criterios interpretativos que se generaron con relación a la aplicación del inciso 3° de la norma ibídem, en el régimen de transición, así:

"De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...).

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los

servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional".

Del aparte jurisprudencial transcrito, se advierte, que la lectura que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición, es que solamente hacen parte del mismo, tres elementos a saber, (i) Edad, (ii) Tiempo de servicios y (iii) Monto, de suerte que los factores y el período, son aquellos señalados en la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1158 de 1994.

Como se puede observar, con sustento en la sentencia de unificación previamente referida, se evidencia, que la regla jurisprudencial y la primera subregla establecida, al regular los aspectos concernientes al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, exige que el ingreso base de liquidación, será el promedio de los salarios y rentas devengados en los últimos 10 años si le hicieren falta 10 o más años para adquirir el derecho a la prestación, debidamente actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificado que expida el DANE, o, en su defecto, en el evento en que le hicieren falta menos de 10 años, corresponderá, al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado sobre el tiempo que le hiciera falta para el reconocimiento de la pensión, debidamente actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificado que expida el DANE.

Aunado a lo anterior, en lo que respecta a la segunda subregla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 2018, se extrae, que para el reconocimiento pensional, únicamente se tendrá en cuenta, los factores sobre los cuales, cada persona hubiere efectuado las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones.

Así las cosas, se arrima a la conclusión, que en el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, únicamente podrán considerarse, los factores sobre los cuales, se hubieren efectuado las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, liquidados sobre los 10 años anteriores al reconocimiento prestacional o sobre el tiempo que le hiciera falta, si es inferior a los 10 años, debidamente actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificado que expida el DANE.

138

En razón de lo anterior y como quiera que el demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, nació el 21 de julio de 1954 (fol. 33 c. ppal), para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la pensión, atendiendo las subreglas establecidas por el Consejo de Estado, para el reconocimiento prestacional en el caso concreto, debe hacerse, con el 75% del promedio de los salarios y rentas devengados en los últimos 10 últimos años y sobre los cuales el afiliado hubiere efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, debidamente actualizados anualmente, con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificado que expida el DANE.

En consecuencia, hay lugar a acceder a la solicitud de adición del auto proferido por esta Sala el 27 de febrero de 2020, en el sentido de precisar, que el reconocimiento de la pensión del demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, debe hacerse en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios y rentas devengados en los últimos 10 últimos años y sobre los cuales el afiliado hubiere efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones y de manera inmediata, de tal manera que no exista solución de continuidad en los pagos.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

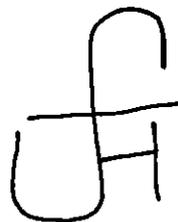
RESUELVE:

ADICIONAR el numeral tercero del auto del 27 de febrero de 2020, el cual quedará en su integridad, de la siguiente manera:

"**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P.**, que liquide provisionalmente mientras se dicta fallo de fondo y de manera **INMEDIATA**, la pensión de jubilación del demandado **YESID RAMÍREZ BASTIDAS**, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios y rentas devengados en los últimos 10 últimos años y sobre los cuales el afiliado hubiere efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, sin que exista solución de continuidad en los pagos, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 546 de 1971".

La anterior decisión, fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA
Magistrado



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado
Ausente con excusa

909

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE DR. JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE	:	25000-23-42-000-2015-06096-00
DEMANDANTE	:	FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON
DEMANDADA	:	MARÍA ODIS OSORIO GIRALDO
ASUNTO	:	DECRETA MEDIDA CAUTELAR

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de la Resolución No. 1432 del 6 de septiembre de 2004, en los términos dispuestos en los artículos 209, 229 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El apoderado de la parte actora, en el trámite de la audiencia inicial celebrada el 3 del presente mes y año, solicita, se suspenda en forma provisional, los efectos de la Resolución No. 1432 del 6 de septiembre de 2004, a través de la cual se reconoció y ordenó pagar al causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, una pensión de jubilación con el régimen de Congresistas, a partir del 16 de enero de 1996, en cuantía de 4'399.184, teniendo en cuenta, que cotizó 16 años, 6 meses y 22 días y la convalidación de 2 libros, equivalente cada uno a 2 años de servicio, para un total de 20 años, 6 meses y 22 días (fols. 532 a 537).

Sostiene que es una potestad establecida en los artículos 238 de la Constitución Política y 231 del C.P.A.C.A., suspender los efectos de los actos administrativos, cuando sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, como ocurre con la Resolución 1432 del 6 de septiembre de 2004, por medio de la cual, se reconoció la pensión de jubilación al causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, aplicándole el régimen especial de Congresistas contemplado en el Decreto 1359 de 1993, pasando por alto, que el causante, se desvinculó el 19 de julio de 1990 del Senado de la República, situación que desconoce lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1359 de 1993, que establece claramente, que dicha normatividad, regula el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tuvieran la condición de Representante a la Cámara o Senador de la República.

Señala que del contenido del acto administrativo, se vislumbra, que la pensión se reconoció, en cuantía del 75% de lo devengado por un Congresista en ejercicio para la fecha en que se ordenó la prestación, circunstancia contraria a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-608 de 1999, que establece, que la pensión, debe liquidarse con base en el ingreso devengado por el aspirante a pensión, individualmente considerado.

Aduce que se vulneró el marco normativo de la Ley 50 de 1886 y el Decreto 753 de 1974, por cuanto la adopción de los textos de enseñanza que le fueron convalidados por 4 años de servicio al causante, se realizó, con posterioridad al retiro definitivo del servicio como Congresista, así como el registro de los mismos, pues tuvo lugar en noviembre de 1998, aunado a que no se acreditó en el expediente, que el causante hubiere realizado la producción de estos textos en concurrencia con el ejercicio de la docencia. Resalta que la falsedad de los documentos presentados por el causante para el reconocimiento de la pensión, conllevó a que el asegurado, en ese momento, construyera un nuevo tiempo de servicio, quedando demostrada la ostensible y manifiesta de violación de la Ley.

Así entonces, solicitó, la suspensión total de los efectos del acto acusado y de manera subsidiaria, la suspensión parcial de los efectos del acto acusado, en el sentido de que se ordene liquidar la mesada conforme al salario realmente devengado por el causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA (Q.E.P.D.)**.

1.2. OPOSICIÓN

Corrido el traslado de la solicitud de medida cautelar en la audiencia inicial, conforme a lo dispuesto el artículo 110 del C.G.P., el apoderado de la parte accionada, resaltó, que **FONPRECON**, desde el reconocimiento de la pensión de jubilación del causante, se ha empeñado en dilatar los trámites para evadir el pago de las mesadas correspondientes, desconociendo la condición especial que tenía el mismo, por ser una persona de la tercera edad.

Sostuvo, que una vez se inició el trámite para la sustitución pensional por la demandada **MARÍA ODIS OSORIO GIRALDO**, la entidad demandante, le ha violado los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital, desconociendo la orden dada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia judicial, de sustituir a la demandada, la pensión que en vida percibía el causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA (Q.E.P.D.)**.

II. CONSIDERACIONES

En el caso sub examine, la parte actora, solicita la suspensión provisional, argumentando, que la decisión administrativa cuestionada, contraviene el ordenamiento jurídico, en la medida que se otorgó la pensión de vejez, con el régimen de congresista, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Legislador, ocasionando un perjuicio económico a la entidad.

2.1. PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA LEY 1437 DE 2011

El artículo 238 de la Constitución Política, señala:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula en los artículos 229 al 241, lo concerniente a la procedencia, contenido, alcance y requisitos de las medidas cautelares, en los procesos declarativos que se adelanten en esta Jurisdicción, consagrando una cláusula abierta de medidas cautelares con el fin de garantizar provisionalmente el

objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como expresión de la garantía de la tutela judicial efectiva.

Así, con relación al contenido de las medidas cautelares y la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, los artículos 230 y 231 de la norma en cita, disponen:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...).

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...).

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos” (Subrayados y resaltados fuera de texto).

Del anterior texto transcrito, se evidencia, que hubo un cambio en el régimen de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, con relación a lo consagrado en el Decreto 01 de 1984, pues se eliminó la expresión “*manifiesta infracción*” que traía el Artículo 152 del anterior estatuto procesal, como requisito para su procedencia, razón por la cual, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ya no se exige que la vulneración de la norma invocada sea directa, manifiesta, ostensible o palmaria respecto del acto acusado.

Así lo indicó, el Consejo de Estado, en auto del 13 de mayo de 2014:

“Este requisito se diferencia de lo previsto en el código anterior, que exigía una “manifiesta infracción” para que procediera la suspensión provisional de los actos impugnados. En el CPACA la confrontación del acto administrativo acusado con las normas que invocan en el escrito en el que se sustenta la medida, o en las disposiciones de la demanda, exige del juez un análisis que debe ser a la vez cuidadoso y provisional, que le permita en esta etapa del proceso, adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, cuando del mismo se observen motivos de ilegalidad que justifiquen la decisión”¹

Esta misma tesis, había sido sostenida por dicha Corporación, en auto del 13 de diciembre de 2012, al indicar:

¹ Consejo de Estado, auto del 13 de mayo de 2014. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Actor. Gustavo Petro. Demandada. Procuraduría General de la Nación.

"De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud".²

Lo anterior implica, que el Juzgador, actualmente, puede hacer interpretaciones, análisis jurídicos, razonamientos juiciosos que lleven a la convicción de que en el caso *sub judice*, estamos ante la presencia de una lesión, al orden jurídico vigente.

Así entonces, para que proceda la suspensión provisional, debe establecerse, que el acto acusado, es violatorio de alguna de las normas que se consideran infringidas, o, lo que es lo mismo, que existen serios motivos, para considerar, que las pretensiones de la demanda, están llamadas a prosperar (*fumus bonis iuris*),³ en esa medida, este presupuesto, que tiene por finalidad, verificar si el acto acusado, está conforme con el ordenamiento jurídico, coincide con el estudio de fondo de la demanda. Sin embargo, debe precisarse, que por tratarse de una medida provisional, es un juicio de mera probabilidad o verosimilitud, más no de certeza, que en términos del nuevo estatuto procesal contencioso, se traduce, en que *"la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"* (artículo 229 inciso 2). De otro lado, cuando además de la nulidad, se pretenda el restablecimiento de un derecho subjetivo, debe acreditarse, así sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que se causa al actor, con la ejecución del acto cuya suspensión se pretende, lo que finalmente implica, que la intervención del Juez, *ab initio* del procedimiento judicial, resulta urgente y necesaria para evitar un perjuicio irreparable o de difícil compensación (*periculum in mora*)⁴.

III. SOBRE LA MEDIDA PROVISIONAL

Se advierte que el artículo 229 del C.P.A.C.A., establece, que las medidas cautelares, proceden para *"proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia"*. En el presente caso, la demandante, solicita, la suspensión de la Resolución No. 1432 del 6 de septiembre de 2004, a través de la cual, **FONPRECON**, reconoció y ordenó pagar al causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, una pensión de jubilación, con el

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, exp. 11001-03-24-000-2012-00290-00; M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala, en Sala Unitaria.

³ El *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, es un presupuesto para decretar la medida cautelar, reconocida en la doctrina nacional y extranjera, según la cual, para que proceda la medida, la demanda debe estar fundada en buenas razones que permitan inferir que la misma tiene probabilidades de éxito. (Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, pág. 347).

⁴ El *periculum in mora*, hace relación al hecho de que de no otorgarse la medida se genere un perjuicio irremediable al accionante o que existan serios motivos para considerar que, en caso de negarse la medida, los efectos de la sentencia se harían nugatorios, por el tiempo que dura el proceso. (op. cit, pag. 347).

régimen de Congresistas, en cuantía de 4'399.184, teniendo en cuenta que cotizó, 16 años, 6 meses y 22 días y la convalidación de 2 libros, equivalente cada uno, a 2 años de servicio, para un total de 20 años, 6 meses y 22 días (fols. 532 a 537), pues considera, que existe un indebido reconocimiento pensional por parte de la entidad accionante, por lo que resulta urgente, que los efectos legales de los referidos actos administrativo, sean suspendidos de manera inmediata, ello con el fin de proteger, la transparencia y eficacia del reconocimiento de las prestaciones económicas y el patrimonio del Estado.

Sea lo primero indicar, que la Corte Constitucional, en sentencia SU-355 de 2015, realizó algunas precisiones, en lo que concierne a la regulación de la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos, que permiten concluir, que dicho medio de control, es el más eficaz, para lograr el propósito perseguido por la parte demandante. En efecto, el C.P.A.C.A., en su artículo 231 estableció:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandada y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos” (Resaltado fuera de texto).

En torno a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en auto del 8 de agosto de 2017, Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sostuvo:

“la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, la cual puede surgir: i) de la confrontación del acto administrativo demandada con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Igualmente, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa administrativa, en el citado auto, resaltó:

“El Consejo de Estado se ha pronunciado en repetidas oportunidades respecto a la reforma que introdujo la Ley 1437 de 2011⁵ al regular la institución de la suspensión provisional. Ha precisado la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984⁶ esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una «manifiesta infracción»⁷ de normas superiores por parte de la

⁵ Ib.

⁶ Código Contencioso Administrativo.

⁷ «Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011,⁸ la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o «prima facie».

En suma, si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011,⁹ le confiere al juez un margen de estudio más amplio que aquél previsto por la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del juez contencioso administrativo en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud”.

En criterio de la Corte Constitucional, la precitada norma implicó “...una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo...”,¹⁰ según la cual, podrá tomarse la decisión de suspender el acto administrativo “... cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Prescribe además que “(iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia ...”¹¹

Advirtió la jurisprudencia que el nuevo marco jurídico fijó además “... un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional -en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe ...”,¹² de manera que al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda “... sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas ...”, dicha medida puede solicitarse “... en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación -no directa- con las disposiciones invocadas ...”.¹³

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandada causa o podría causar al actora».

⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹ Ib.

¹⁰ Sentencia SU-335 de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

Lo anterior, implica entonces, que el Juez Contencioso Administrativo, tiene competencia, para emprender un examen detenido de la situación planteada, que conlleva incluso la identificación de todos los elementos relevantes, para determinar, si ocurrió o no, la infracción normativa aducida por quien acude al medio de control, pues aclaró la jurisprudencia constitucional, que en el marco de tal análisis *"... No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación ..."*.¹⁴

En el mismo sentido expuesto por la Corte en la precitada sentencia, la Sala concluye, que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contenido en la Ley 1437 de 2011 y la nueva regulación en materia de suspensión provisional, constituyen *"... un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello ..."*, pues como lo advirtió la máxima Corporación, al amparo de la nueva Ley procesal, el Juez Administrativo, tiene la competencia para evaluar, *"... antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales ..."*,¹⁵ ya que aunque la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, no supone su invalidez, *"... sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado ..."*, además que según lo advirtió la jurisprudencia, de acuerdo con el nuevo régimen legal adoptado por la Ley 1437 de 2011, la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos, en casos de urgencia, puede incluso, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.

IV. CASO CONCRETO

En el caso sub examine, la parte demandante, afirma, que debe suspenderse provisionalmente el acto administrativo enjuiciado, pues considera, que el causante, **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, no tenía derecho a percibir la pensión de jubilación conforme al régimen especial de Congresistas previsto en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, toda vez, que no cumple con los requisitos exigidos en dichas normas, basando su censura, en dos argumentos principalmente, el primero de ellos, consiste, en que el causante, fue Representante a la Cámara hasta el 19 de julio de 1990 y el régimen de Congresistas, solamente puede ser aplicado, para quienes ostentaran la calidad de Congresistas entre la entrada en vigencia de las Leyes 4ª de 1992 y 100 de 1993, y en segundo lugar, porque los libros que fueron convalidados por 4 años de servicios, fueron registrados con posterioridad al retiro del servicio y no se demostró que el causante, hubiere realizado la producción de los textos en concurrencia con el ejercicio de la docencia. En razón de lo anterior, la Sala analizará si le asiste razón a la recurrente, así:

En cumplimiento de lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150, el Congreso de la República, expidió la Ley 4ª de 1992, *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la*

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

Constitución Política", en la cual, se establecieron, los parámetros generales a los que se sujetaría el Gobierno, para la determinación del régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos:

"ARTÍCULO 17. **Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE¹⁶* El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.*

Parágrafo. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva".

Dicha norma, fue objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-258 de 2013, quien declaró la inexequibilidad de las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", de su parágrafo; y la exequibilidad condicionada de las restantes expresiones de la norma, bajo el entendido:

(i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo.

(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

(iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

(iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013"¹⁷.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia del 2 de octubre de 2019, expediente 25000-23-42-000-2014-02048-01 (4766-15), demandante, FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON, demandada, EMITH MONTILLA ECHAVARRÍA, asunto, RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE EXCONGRESISTA, Consejero Ponente Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, señaló:

¹⁶ Sentencia C-258-2013. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷ C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"Así las cosas, no es dable extender el régimen pensional aplicable a los congresistas en virtud del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, **a quienes no hubiesen obtenido tal condición entre el 18 de mayo de 1992 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992) y el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993)**, pues los que adquirieron esa honorabilidad con posterioridad no tienen una expectativa legítima frente a dicho régimen pensional.

(...).

De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que si bien es cierto que para el 1º de abril de 1994 (cuando entró en vigor la Ley 100 de 1993) la demandada cumplía más de 15 años de servicio, **también lo es que para esa fecha no tenía la condición de congresista puesto que tan solo hasta el 20 de julio de 1998 tomó posesión de ese empleo, por lo que estaba amparada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100, mas no por el especial previsto en el 2 del Decreto 1293 de 1994.**

Lo anterior, en razón a que en atención a la precitada sentencia C-258 de 2013, el régimen de transición de los congresistas está encaminado a garantizar las expectativas legítimas de los que prestaron sus servicios en la mencionada calidad con anterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones, máxime cuando la Corte Constitucional en sentencia C-596 de 1997, declaró la exequibilidad de la expresión «al cual se encuentren afiliados», contenida en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al considerar:

[...] En efecto, en primer lugar, los beneficios que son irrenunciables son aquellos que se erigen como derechos ciertos o adquiridos, y, como se vio, la mera posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de ciertos requisitos y en determinadas condiciones, no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa de derecho. Expectativa que, para quienes no estaban vinculados a algún régimen pensional, ni siquiera existía. Y en segundo lugar, el derecho a la pensión de jubilación, por ser un derecho correspondiente al concepto de seguridad social y, por ende, un derecho-prestación, catalogado como de segunda generación, exige, para su reconocimiento, la previa definición legislativa de las circunstancias en las que se adquirirá, cosa que justamente es lo que hace la norma sub-exámine.

El legislador tenía pues, plena libertad para configurar las condiciones de acceso a la pensión de vejez y así lo hizo, sin que por ello pueda endilgársele la violación del principio de irrenunciabilidad de derechos derivados de la seguridad social, que aún no se habían adquirido.

Así las cosas, no es dable acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandada con fundamento en el régimen especial contemplado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, puesto que en virtud de la interpretación efectuada en el citado fallo C-258 de 2013 que integra ahora el texto legal, al no haber estado afiliada con anterioridad al 1º de abril de 1994 a ese régimen (pues su investidura la asumió el 20 de julio de 1998), no le es aplicable.

En ese entendido, es claro para la Sala que no pueden validarse los argumentos de la apelante respecto a una supuesta indebida interpretación normativa y jurisprudencial por parte del a quo, por cuanto es evidente que se dio cumplimiento a las directrices que la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-258 de 2013, en especial la contenida en el ordinal tercero de la parte decisoria, en el sentido que «[N]o puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo», con lo que hace referencia, sin duda, al régimen especial de pensiones de los congresistas, excongresistas y similares, en la medida en que, como ya se explicó, la accionada para la fecha en mención no ostentaba tal condición de congresista y, por ende, no contaba con la expectativa de adquirir el derecho pensional con fundamento en las reglas allí establecidas.

Ahora, la interpretación efectuada por la primera instancia, de ninguna manera se traduce en una desprotección de derechos laborales, sino en el cumplimiento de las reglas legales y jurisprudenciales establecidas en el ordenamiento jurídico para efectos de que un acto administrativo mantenga vigor y pueda continuar siendo aplicado. Dicho en otros términos, solo pueden permanecer en el mundo jurídico aquellas decisiones administrativas que cumplan el principio de legalidad, por lo que es tarea del juez de lo contencioso-administrativo efectuar el correspondiente exámen para efectos de desvirtuar esa presunción.

(...).

Por último, lejos de lo expuesto en la alzada, esta Sala no encuentra, por una parte, que haya existido en cabeza de la accionada algún tipo de abuso del derecho, pero ello no obsta para que los actos demandados permanezcan incólumes en el ordenamiento jurídico, pues, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, existen razones de hecho y de derecho con las que se desvirtuó la presunción de legalidad con la que estaban amparados; por otra, no se evidencia ninguna vía de hecho en el pronunciamiento cuestionado, sino que, por el contrario, el mismo fue el resultado del acatamiento de las reglas legales y jurisprudenciales que cobijan la materia.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas

salariales y cuantías" aplicables a los congresistas. Al interponer el recurso de apelación, contra la referida resolución, la demandante alegó que el ISS ha debido tener en cuenta todo lo que ella había devengado. Petición negada por la entidad en la Resolución 2738 del 7 de octubre de 2008.

Se resalta entonces que la entidad accionada acudió a los factores salariales y cuantías aplicables a los congresistas, pese a que se insiste este régimen no cobijaba a la actora; sin embargo, lo cierto fue que al momento de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión, solamente utilizó los factores sobre los cuales ella efectivamente cotizó y no sobre todo lo devengado.

Dicha forma de liquidación, se aviene a la fuerza vinculante del pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la sentencia C-258 de 201332 donde declaró la inexecutable de las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y de la expresión "por todo concepto", del párrafo. Providencia que declaró la exequibilidad condicionada del resto de la norma en el entendido que "Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas".

La Sala no pasa por alto que la referida sentencia C-258 de 2013 igualmente dispuso que "Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso", empero, el ISS finalmente no le aplicó este criterio a la accionante, por ello, dado que su interés al demandar es mejorar su situación pensional, no compete a esta Corporación en el sub judice incluir este tema en el control de legalidad de la Resolución 034080 del 20 de octubre de 2005.

En consecuencia, se debe revocar la sentencia de primera instancia del 2 de diciembre de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca porque la pensión de jubilación de la actora, en consonancia con el pronunciamiento de constitucionalidad previamente citado no se puede liquidar conforme al régimen de congresistas y con "el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios", como ella lo reclama en este proceso, sino con los factores de liquidación sobre los que realizó cotizaciones. Por lo tanto, se negarán las pretensiones de la demanda" (Subrayados y resaltados fuera de texto).

Igualmente, el Consejo de Estado,¹⁸ estudió el régimen de transición de los Congresistas, así:

"(...) Del estudio sistemático de las disposiciones reseñadas infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior

¹⁸ Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección "A" C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad: 25000-23-25-000-2006-08441-01 (1423-2009) del 22 de agosto de 2013.

oportunidad¹⁹, que en lo que al Régimen Especial de los Congresistas se refiere, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir del 18 de mayo de 1992, fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992, ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, es decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo o lo que es lo mismo en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4º²⁰.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo **aporte al Fondo**, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.

Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional²¹.

Ello, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y aplicado en su conjunto,

¹⁹ Sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 1276-2001. Actor: Oscar Emilio Vinasco Vinasco. Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla.

²⁰ En esta misma dirección la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 consideró, "Esta Corporación declarará la inexecutable de las expresiones "y por todo concepto" y "por todo concepto", contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.// En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que "[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones", la Sala considera necesario además condicionar la executable del resto del precepto censurado en el entendido de que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones".

²¹ En igual sentido la Corte Constitucional en la Sentencia C-608 de 1999 consideró, que se rompe el equilibrio mínimo y de paso se afecta el derecho a la igualdad, cuando se puede acceder a la pensión jubilatoria con un tiempo de ejercicio en la actividad congresional que solo comprende pocos meses. Al efecto señaló "... sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un equilibrio mínimo, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado periodo, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses".

915

de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda" (Subrayados y resaltados fuera de texto).

Tesis reiterada por el propio Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia del 2 de octubre de 2019, expediente 25000-23-25-000-2009-00190-01(0777-11), demandante, MARTHA STELLA MUJICA DE SOTOMONTE, demandado, INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, acción, nulidad y restablecimiento del derecho - Decreto 01 de 1984, asunto, Grado jurisdiccional de consulta - Procuradora Delegada ante Alta Corte y régimen especial de Congresistas, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, refiriendo:

"También está demostrado en el proceso que la accionante antes del 1 de abril de 1994 no fue Procuradora Delegada ante Alta Corte, ya que empezó a ejercer dicho cargo el 2 de mayo de 1997, como consta en la certificación expedida por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación²⁸.

Advierte así la Sala que aunque la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, la normativa que se le aplica vía transición no es el régimen especial de congresistas contenido en el Decreto 1359 de 1993, visto que antes del 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993, dicho decreto no era la norma que se le aplicaba. Entonces, se tiene que la actora antes del 1 de abril de 1994 no tenía ninguna expectativa objeto de protección o derecho cierto respecto del régimen especial de congresistas, como quiera que no ostentaba la calidad Procuradora Delegada ante Alta Corte, dado que, se insiste, se desempeñó en este cargo desde el 2 de mayo de 1997.

Sobre el régimen de transición de congresistas esta Corporación ha considerado que es inviable aplicarlo a quienes ni siquiera tenían una expectativa por consolidar antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones²⁹:

"El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del status jurídico favorable adquirido, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico.

Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen General de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición ordinario cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios.

Aunado a lo anterior la Sala considera necesario precisar, que no puede perderse de vista, que desde la perspectiva constitucional, la garantía de los derechos adquiridos -que para el efecto de los requisitos prestacionales se equipara a la proyección en el tiempo de una situación jurídicamente protegida y que, a la luz de la doctrina sobre el tema expresada en nuestra jurisprudencia integra el componente doctrinario que soporta la institución del Régimen de Transición-, proyecta en la resolución de los conflictos pensionales una serie de consecuencias objetivas.

En efecto, históricamente la constitucionalidad de las modificaciones prestacionales y aún salariales atribuidas a la competencia del Legislador, ha estado condicionada a la definición previa de los regímenes de transición en la aplicación de cualquier nueva regulación, que de manera sustancial afecte las situaciones jurídicas preestablecidas o en proceso de consolidación³⁰.

Lo precedente significa, que el denominado régimen de transición es un sistema de distinción en el tratamiento de derechos consolidados o en proceso de estructuración jurídica, lo cual trae como consecuencia, su carácter taxativo, que impide al intérprete en definición de litigios judiciales aplicar de manera llana el principio de favorabilidad, dado que ello implicaría la creación de una discriminación positiva no prevista por el Legislador con grave detrimento al principio de equidad.

(...).

De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congressional se aplica a quienes ni siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.³¹ (Subrayado por la Sala).

En este orden de ideas, la Sala observa que no asistió la razón al Tribunal cuando consideró que la actora sí era beneficiaria de la normativa especial de congresistas, por lo tanto, se establece que la norma que regulaba su situación pensional, antes del 1º de abril de 1994, era la Ley 33 de 1985, como en efecto se dispuso parcialmente en los actos demandados.

En este sentido, la Sala advierte que en la Resolución 034080 del 20 de octubre de 2005 el Instituto de Seguros Sociales concedió el derecho pensional a la demandante conforme la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad y tiempo de servicios, pero el monto lo calculó sobre el 75% de los salarios sobre los que efectivamente la asegurada cotizó conforme "los factores

so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

Y, en lo que concierne al **Régimen de Transición de los Congresistas**, establecido por el **Decreto 1293 de 1994**, entendido el régimen de transición como aquel que busca proteger expectativas pensionales a futuro, pero que se enmarquen en el régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva Ley²²; tal como lo determinó la Sección²³, extiende su cobertura a quien siendo **Congresista para el 1° de abril de 1994 -vigencia de la Ley 100 de 1993-**, además cumpla con la edad -40 años o más si es hombre o 35 años o más si es mujer- o la cotización o el tiempo de servicios por 15 años o más.

De esta suerte, para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario, circunstancia que no puede ser omitida (Subrayados y resaltados fuera de texto).

En este orden de ideas, la Sala concluye, que las personas cobijadas por el régimen de transición, que para el 18 de mayo de 1992 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992) y el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), no estaban afiliadas al régimen especial del Congreso, no podían beneficiarse de él.

Ahora bien, el causante, **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, según certificado visible a folio 22 del expediente, fue elegido como Representante a la Cámara, para los periodos constitucionales de 1978 a 1982 y de 1986 a 1990, prestando sus servicios, hasta el 19 de julio de 1990.

Se observa entonces, que el causante, no ostentó la calidad de Congresista para el 18 de mayo de 1992 y el 1° de abril de 1994, razón por la cual, se concluye, que la aplicación que de la norma hizo **FONPRECON**, al momento de reconocerle la pensión de jubilación al causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, no se ajustó a las orientaciones dadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en los citados precedentes jurisprudenciales.

En este orden de ideas, actualmente, no es posible extender los beneficios del régimen especial de Congresistas, a personas que como el causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, no hubiesen tenido la calidad de Congresista, para el 18 de mayo de 1992 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992) y el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), norma que además incluyó a dichos servidores, dentro del Régimen General de Pensiones, puesto que tal situación, resulta vulneradora del derecho a la igualdad, de los demás afiliados al sistema.

²² La Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, consideró con relación al Régimen de Transición que: "La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo, no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo".

²³ Sentencia de 2 de abril de 2009, radicado: 5678-03, actor: Jorge Manuel Ortiz Guevara, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, que declaró la nulidad del párrafo del artículo 11 y del inciso 1° del artículo 17 del Decreto 816 de 2002, este último artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 1622 de 2002. En similar sentido Sentencia de 7 de septiembre de 2006, radicado 9798-05, actor Paulina Consuelo Salgar de Montejo, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García.

Aunado a lo anterior, la Sala también debe analizar, si los dos libros denominados "Bosquejo de la historia del arte hasta la escuela flamenca" y "Apuntes de cultura y humanismo: diez ensayos de literatura, historia y política", cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 50 de 1886, para la homologación de dos años de servicio por cada uno de estos. Dicha norma, para tales efectos, preceptuó:

"Art. 13. Las tareas del Magisterio privado quedan asimiladas a los servicios prestados a la Instrucción Pública, y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior.

La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos Institutores o Profesores, lo mismo que la publicación durante un año de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrán respectivamente a dos años de servicios prestados a la Instrucción Pública.

Los periódicos de amena literatura no tienen el carácter de didácticos".

El inciso segundo de la norma en cita, fue reglamentado por el Decreto 753 del 30 de abril de 1974 y señaló:

"Artículo 1° Los institutores o profesores que puedan aprobar los textos de enseñanza, según el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 50 de 1886, deben acreditar su título con las certificaciones oficiales correspondientes y rendir declaración jurada ante un juez de la residencia del autor del texto.

En estas declaraciones harán constar el contenido de las obras a que se refieren, el establecimiento a los establecimientos educativos en donde se hayan adoptado, el tiempo durante el cual hayan servido para la enseñanza, el número de páginas del libro o de los libros, en caso de ser varios, y las razones que tenga para haberles dado aprobación o para recomendarlos.

Artículo 2° La aprobación o recomendación pueden estar a cargo de dos rectores o directores de escuelas, colegios, universidades, institutos de especialización o de enseñanza diversificada, oficiales o privados, o de los decanos de las facultades, con el visto bueno del rector. En ese caso bastará la certificación correspondiente.

Artículo 3° Cada libro adoptado y recomendado conforme indican las anteriores disposiciones, equivaldrá a dos años de servicio público, para los efectos exclusivos de la pensión de jubilación a que tiene derecho el autor, cualquiera que fuere el número de tomos publicados. Son requisitos para hacer el reconocimiento por parte de la entidad asistencial respectiva.

a) Que el libro o libros sean impresos y su propiedad intelectual registrada.

b) Que expresen el nombre del autor, el pie de imprenta y el año en edición.

c) Que en el caso de ser varios tomos de una misma obra, cada uno de ellos no tenga menos de doscientas páginas, con dimensión no menor de 20 x 15 cms.

d) Que si se trata de obra escrita y publicada en un solo tomo, éste no tenga menos de 200 páginas de la dimensión mínima precedente.

En todo caso se acompañará un ejemplar y éste se conservará en la biblioteca de la entidad que hace el reconocimiento.

Artículo 4° En ningún caso podrán reconocerse más de dos (2) obras, para los efectos a que se contrae el artículo anterior”.

De las normas transcritas, la Sala concluye, que para acceder al beneficio por la elaboración de obras de enseñanza, debe cumplirse con los siguientes requisitos, i) La respectiva aprobación por dos instituciones o profesores, ii) La publicación durante un año de periodo pedagógico o didáctico, iii) Que el autor no haya recibido prebenda por ello proveniente del erario público, iv) Deben estar impresos, v) Su propiedad debe estar registrada, vi) Expresar el nombre del autor, el pie de imprenta y el año de edición y vii) A la respectiva petición de equivalencia por tiempo de servicio público, se deberá aportar un ejemplar, para que se conserve en la biblioteca de la entidad que hace el reconocimiento.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en la ya citada sentencia del 2 de octubre de 2019, Consejero Ponente Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, señaló:

“Respecto del requisito consistente en la inscripción de la propiedad del libro, cabe precisar que si bien es cierto que la creación intelectual en principio no requiere registro, también lo es que este comporta una formalidad <(…) para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen>, que al mismo tiempo propende por (i) <dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley> y (ii) <dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de propiedad intelectual y a los acto y documentos que a ella se refieren>.

Igualmente, resulta oportuno anotar que realizado el registro, se expide un certificado al interesado que da cuenta de <(…) la fecha en que se ha verificado la inscripción; el libro o libros y el folio o folios en que se ha hecho el registro; el título de la obra registrada y demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacerla conocer perfectamente y sirvan para identificarla en cualquier momento: el nombre, apellido, identificación y domicilio del titular a cuyo nombre hayan sido inscritos los derechos intelectuales>.

Así las cosas, se infiere que el ejecutivo al reglamentar los requisitos para acreditar la homologación de dos años de tiempo de servicios para fines pensionales con libros de enseñanza, en

particular con la exigencia del registro de su propiedad, no hizo otra cosa que garantizar la comprobación de la autenticidad de la obra al momento de su reconocimiento, pues la correspondiente entidad de previsión social debe tener certeza de la propiedad intelectual del servidor estatal respecto del texto para así hacer efectiva la equivalencia de esta por tiempo laborado, máxime cuando constituye una dádiva prevista por el legislador para fomentar la producción intelectual en pro de la enseñanza, que tiene repercusiones en el patrimonio estatal.

Por lo tanto el registro de la propiedad intelectual del texto de enseñanza comporta una exigencia que expresamente prevé el artículo 3° del Decreto 753 de 1974 para determinar la procedencia de su equivalencia con dos años de servicio público, por lo que su finalidad es diferente de la Ley 23 de 1982, que consiste en proteger la creación intelectual.

En el sub lite se tiene que, según los actos demandados, la demandada satisfizo el requisito de los 20 años de servicio para obtener la pensión de jubilación conforme al régimen especial de congresista, con la homologación de una obra de su autoría por dos años trabajados, puesto que en el sector oficial solo laboró un total de 18 años, 3 meses y 29 días, tal como lo reconoció el Fonprecón en la Resolución 270 de 14 de febrero de 2003, en la que se le tuvo en cuenta su libro <Tendencias criminológicas>, cuya propiedad fue registrada el 4 de octubre de 2002 y respecto del cual se aportaron dos certificaciones de rectores de dos instituciones educativas, que dan cuenta de que sirve de texto de enseñanza en diferentes áreas según los programas académicos.

No obstante, **no puede olvidarse la regla legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (letra i), según el cual <en ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión (...)>, norma que resulta aplicable a la accionada, en la medida en que, si bien su régimen es el previsto en la Ley 33 de 1985 (por cumplir los requisitos de transición), lo cierto es que el inciso segundo del artículo 36 de dicha Ley 100 es claro al disponer que <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> y, por ende, no puede desconocerse lo contemplado en la primera de esas disposiciones. A más de ello, recuérdese, tal como lo expuso el a quo, que el trámite y presentación de la obra literaria se llevó a cabo con posterioridad al retiro del servicio de la demandada, lo que evidencia que para ese momento no cumplía con requisitos para acceder a la pensión** (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Así entonces, la Sala observa, que el registro de la propiedad intelectual del texto de enseñanza, que se pretende convalidar, es una exigencia prevista en el artículo 3° del Decreto 753 de 1974, para determinar la procedencia de su equivalencia por dos años de servicio público, el cual debe efectuarse antes del retiro del servicio. No obstante, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fueron eliminados beneficios como este, pues en el artículo 13 de dicha normatividad, el Legislador, manifestó expresamente, la imposibilidad de sustituir semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente cotizadas o tiempo de servicios efectivamente cotizados antes del reconocimiento de la pensión.

En el sub examine, se observa, que el causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, prestó sus servicios como Representante a la Cámara hasta el 19 de julio de 1990 y que el registro de propiedad intelectual de los textos de enseñanza denominados "Bosquejo de la historia del arte hasta la escuela flamenca" y "Apuntes de cultura y humanismo: diez ensayos de literatura, historia y política", se llevó a cabo el 24 de noviembre y el 31 de diciembre de 1998, respectivamente, es decir, con posterioridad al retiro del servicio y una vez entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que la Sala encuentra, que las mencionadas obras literarias, no cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 50 de 1886, para la homologación de dos años de servicio por cada uno de estos.

Por lo anterior, la Sala acompaña los argumentos del apoderado de la parte demandante, en el sentido que debe decretarse la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, que repercutirán en las decisiones posteriores accesorias como lo es la sustitución que del derecho se hubiere hecho, al evidenciarse, la transgresión de las normas invocadas por la parte demandante, por lo que se hace necesario, decretar la suspensión de los actos administrativo acusados.

Debe precisarse, que si bien es cierto, existe una decisión judicial proferida por esta Corporación del 22 de enero de 2015, que ordenó a **FONPRECON**, sustituyera en la pensión de jubilación del causante **AURELIO DE JESÚS ANGARITA CÁRDENAS (Q.E.P.D.)**, a favor de la aquí demandada **MARÍA ODIS OSORIO GIRALDO**, en forma vitalicia y desde el 6 de junio de 2011, fecha del deceso de aquel, en un 100%, con la debida actualización, confirmada por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de junio de 2019 (hecho planteado en la demanda y verificado a través de la página www.ramajudicial.gov.co consulta de procesos), también lo es, que allí nunca se discutió la legalidad del reconocimiento del derecho del causante, por lo que no es contradictoria la decisión que aquí se adopta junto con las medidas a adoptar.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "D"**,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SUSPENDER PROVISIONAL, los efectos de la Resolución No. 1432 del 6 de septiembre de 2004, expedida por el **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON**, en cuanto reconoció y liquidó la pensión con fundamento en el régimen especial de los Congresistas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

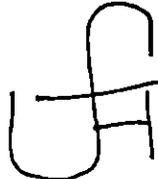
TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** al **FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON**, **SUSPENDER** de forma inmediata, el trámite y/o el **pago** de la **mesada de la sustitución pensional** que se reconoció a la beneficiaria **MARÍA ODIS OSORIO GIRALDO**, identificada con cédula de ciudadanía número 29.867.979 de Tuluá (Valle del Cauca), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este auto.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 y 205 del C.P.A.C.A., por Secretaría, envíese correo electrónico, a los apoderados de las partes, a la entidad demandada e infórmese de la publicidad del estado en la página web. Así mismo, comuníquesele al correo electrónico de la Agente del Ministerio Público Delegada ante este Despacho.

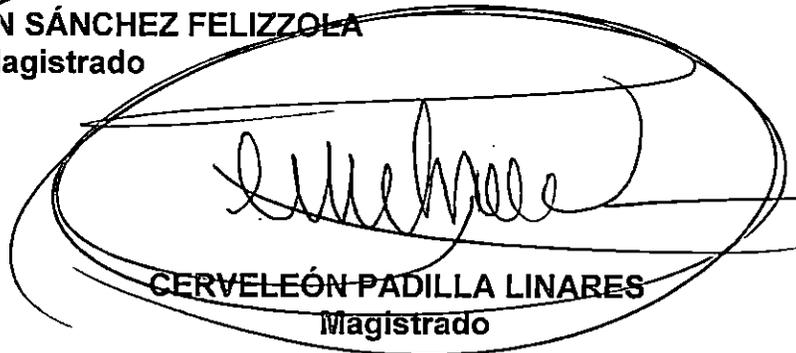
QUINTO: Cumplido el trámite anterior, Por Secretaría regrese inmediatamente el expediente al Despacho para proveer.

La anterior decisión, fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA
Magistrado



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado
Ausente con excusa

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE DR. JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE	:	11001-33-35-026-2018-00011-02
DEMANDANTE	:	HERNANDO PRADA GONZÁLEZ
DEMANDADA	:	NACIÓN - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
ASUNTO	:	DECIDE RECURSO DE APELACIÓN AUTO QUE DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Procede el Despacho a resolver, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto del 27 de noviembre de 2019, a través del cual, el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., declaró probada la excepción de prescripción y en consecuencia dio por terminado el proceso.

I. ANTECEDENTES

En el sub lite, el demandante **HERNANDO ALFONSO PRADA GONZÁLEZ**, a través de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES**, para que se declare, la nulidad del oficio S-DITH-14-076312 del 15 de octubre de 2014, a través del cual, la Directora de Talento Humano de dicha cartera ministerial, le negó la solicitud de reliquidación de las cesantías, con base en el salario realmente devengado en la planta externa.

A título de restablecimiento del derecho, solicita, i) Reliquidar las cesantías por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1992 y el 14 de noviembre de 1999, ii) Pagar los intereses moratorios y corrientes, iii) Pagar las sumas adeudadas de manera actualizados conforme al I.P.C..

II. EL AUTO APELADO

El 27 de noviembre de 2019, en desarrollo de la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A., el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., declaró probada la excepción de prescripción del derecho, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló, en cuanto a la prescripción de las prestaciones sociales, a que tienen derecho los servidores del sector público, que el Consejo de Estado,¹ ha indicado, que el fenómeno de la prescripción, está consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. Sin embargo, ante la falta de norma expresa, que regule dicho fenómeno, respecto de otros derechos laborales, como las cesantías, los cuales no se encuentran incluidos en esos estatutos, no puede entenderse que los mismos están exceptuados de los rigores de la prescripción, por lo tanto, por analogía es plausible aplicar el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que regula el fenómeno extintivo en materia laboral.

¹ CE., S.2º, auto de febrero 2/2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 3461-13.

Precisó que en reciente pronunciamiento, el órgano de cierre de esta Jurisdicción, reiteró que la imprescriptibilidad de las cesantías anualizadas se predica mientras subsista la relación laboral, pues culminada ésta, es decir, cuando se causan de manera definitiva, sí tiene ocurrencia el fenómeno prescriptivo.

Respecto del caso de la demandante, sostuvo que el demandante, se retiró del Ministerio de Relaciones Exteriores, a partir del 15 de noviembre de 1999 y solo presentó la solicitud de reliquidación de sus cesantías hasta el 29 de septiembre de 2014, periodo durante el cual, no demostró haber sostenido otra vinculación laboral con dicha autoridad, como tampoco, acreditó haber efectuado reclamaciones ante dicho organismo, en procura de un nuevo cómputo del monto del mencionado auxilio, ni siquiera con posterioridad a los tres años siguientes a la ejecutoria de la sentencia C-535 de 2005 de la Corte Constitucional, tal como lo mencionó en la demandada.

De otra parte, indicó que el demandante, estaba afiliado al Fondo Nacional del Ahorro para la administración de sus cesantías, en cuyo caso, se infirió, que dicha prestación se le reconocía, liquidaba y pagaba conforme al régimen anualizado que instituyeron los artículos 27 y siguientes del Decreto 3118 de 1968.

Así las cosas, refirió que, como el derecho al pago definitivo de las cesantías de la parte actora, por retiro definitivo del servicio, se hizo exigible a partir del 15 de noviembre de 1999, en principio, tenía hasta el 15 de noviembre de 2002 para solicitar la reliquidación de dicho auxilio, al ser una prestación de carácter no periódico y que bajo ningún motivo se encuentra exceptuada de la prescripción; salvo que hubiese presentado una reclamación en tal sentido durante los tres años posteriores a su causación, evento en el cual, el plazo se habría prorrogado por tres años más contados a partir de la fecha de esta actuación; siendo el pronunciamiento que eventualmente se adoptara frente a dicho pedimento, el acto administrativo que debía someterse a control de legalidad en esta oportunidad.

En este orden, precisó que con la solicitud del 29 de septiembre de 2014, que produjo la expedición del acto administrativo contenido en el oficio S-DITH-14-076312 del 15 de octubre de 2014, que se acusa dentro de este medio de control, la parte demandante pretendió reabrir la oportunidad para discutir tanto en sede administrativa como jurisdiccional, la titularidad de un derecho que como quedó establecido, había prescrito desde el 16 de noviembre de 2002, es decir, hacía más de diez años. Por lo tanto, si el actor tenía alguna inconformidad con relación a la liquidación de sus cesantías, debió presentar las solicitudes y/o recursos correspondientes dentro de los plazos legales y en todo caso, antes de que prescribieran sus derechos, de modo que al pretender ahora, que se reliquiden sus cesantías, acudiendo a una petición que produjo una decisión más reciente por parte de la pasiva, pretende revivir los términos para discutir en sede judicial la legalidad de ese acto administrativo, lo cual no es de recibo, de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento y en especial, el fenómeno prescriptivo.

De otra parte, señaló que a partir de la expedición de la sentencia C-535 de 2005 de la Corte Constitucional, se hizo exigible el derecho a la reliquidación de las prestaciones sobre el salario realmente devengado en el servicio exterior, de manera que en el caso del auxilio de cesantías, parciales o definitivas, al ser unitarias y no periódicas, no puede admitirse que la reclamación sobre su reajuste pueda efectuarse en cualquier tiempo, sino que por el contrario, tal derecho está sujeto a los términos extintivos previstos en el ordenamiento jurídico, y en particular, dentro de los tres años subsecuentes al 13 de julio de 2005, fecha de ejecutoria de

dicha providencia, es decir, hasta el 13 de julio de 2008,² periodo dentro del cual, el demandante tampoco demostró haber reclamado la reliquidación de la prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, en audiencia inicial interpuso recurso de apelación contra las anteriores decisiones, bajo las siguientes consideraciones:

"El primero en el momento en que el ministerio de relaciones exteriores le hizo entrega de la solicitud de entrega de cesantías a mi cliente con No. 705020 de 30 de noviembre de 1999 y él acudió al fondo nacional del ahorro a partir de dicho momento él tiene la oportunidad de haber presentado la solicitud de reliquidación de cesantías. Si bien es cierto, se ha expresado en el auto que el Consejo de Estado tiene la teoría de con la solitud de retiro de cesantías se estaría cumpliendo el termino para la prescripción, me permito manifestar que no estamos de acuerdo por lo siguiente: la ley 244 de 1995 ha establecido que la liquidación de cesantías de todos los trabajadores debe ser notificada mediante acto administrativo, la ejecución del acto administrativo es una actuación posterior, en este orden de ideas dentro del expediente nunca se notificó la resolución de reliquidación de cesantías a mí cliente para objetar la propuesta jurídica. Ahora bien dentro del esquema de liquidación de cesantías, es el trabajador el que omite bajo un argumento legal que es inconstitucional realizar la liquidación de las cesantías del señor Hernando Prada González del periodo de 1992 a 1999.

En el segundo punto, que es sobre la posibilidad de haber interpuesto la demanda dentro de los tres años siguientes a sentencia de constitucionalidad de 2005, quiero manifestar como ya lo manifesté en el primer punto, la omisión de liquidar en debida forma fue de parte del patrono no fue una actividad de parte del trabajador en este sentido se ha establecido como regla general que nadie puede argumentar su propia torpeza a su favor en el caso de los trabajadores. En este punto mi cliente al observar las diferentes decisiones del Ministerio de Relaciones exteriores algunas de manera unilateral y otras forzadas realizo las liquidaciones de las cesantías durante un largo período donde más de 200 personas acudieron a solicitar que de manera unilateral realizara la liquidación de las cesantías (...)

Ahora bien quien debía consignar el valor de las cesantías al fondo nacional del ahorro era el ministerio de relaciones exteriores, era un deber legal y adicional un deber constitucional de hacerlo en la debida forma. En este orden de ideas solicita la no aplicación de la prescripción trienal por considerar que en esto momentos la reclamación del auxilio de cesantías no se le puede dar aplicación a la solicitud de anualidad sino en el momento en que el patrono Ministerio de Relaciones Exteriores no realizo el pago adecuado generó una continuidad que permitía la reclamación para que profiriera un acto administrativo y el cual debe ser objeto de estudio judicialidad (sic)."³

3.1. TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Conforme a lo establecido en el numeral 1º del artículo 244 del C.P.A.C.A., el A - quo, corrió traslado del recurso de apelación al apoderado de la

² CE. S.2º, sentencia de septiembre 20/2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad Int. 2156-15.

³ Folio 185 CD Minuto 26:19 al 30:14.

parte demandada quien manifestó su oposición a los argumentos esbozados en el recurso de alzada, haciendo referencia, que la entidad que representa, actuó con base en los parámetros del Decreto 10 de 1992, norma vigente para la fecha en que el demandante, causó su derecho, además señala que los efectos de sentencia de la Corte Constitucional son hacia futuro en consecuencia, las determinaciones allí contenidas surten efectos a partir de su promulgación (CD. Fl. 185, Min 30:27-32:30).

IV. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite de segunda instancia y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda de la siguiente manera.

V. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el argumento expuesto en el recurso de apelación, la controversia se circunscribe a determinar, si en el caso sub examine, se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, como así lo dispuso el Juez de instancia.

5.1. DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO EN EL RECONOCIMIENTO DE CESANTÍAS

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 180, dispone que, en desarrollo de la audiencia inicial, el Juez o Magistrado Ponente deberá ocuparse de los siguientes aspectos procesales a saber: saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, decisión sobre medidas cautelares y el decreto de pruebas. Respecto a la decisión de excepciones previas, el citado artículo establece:

“Artículo 180. Audiencia inicial. (...)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...) (Subrayado fuera de texto).

La doctrina procesal entiende por “excepción” todo medio de defensa que proponga el demandado frente a las pretensiones de la parte actora y suele clasificar este instituto procesal en i) Excepciones *previas o dilatorias* que tienden a postergar la contestación en razón de carecer la demanda de requisitos para su admisibilidad, ii) Excepciones de *fondo o perentorias* las cuales buscan destruir el derecho pretendido, por lo que generalmente no están en el derecho procesal sino en el derecho sustantivo y iii) Excepciones *mixtas* que son aquellas que tienen naturaleza de excepción previa pero sus efectos son de excepción perentoria, toda vez que, paralizan el proceso en forma definitiva, como ocurre con la caducidad, transacción, conciliación, prescripción extintiva y cosa juzgada. Al respecto, el H. Consejo de Estado, en punto de las excepciones ha indicado:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la

falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada.

Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones del demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial⁴.

En cuanto a la excepciones denominada "prescripción extintiva" se observa que la misma constituye una excepción mixta consagrada en el numeral 6º del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que implica que su decreto impone la terminación del trámite y el archivo de las diligencias.

Ahora bien, precisado lo anterior, se advierte que la prescripción es un fenómeno jurídico relativo a la extinción de los derechos cuando quiera que estos no son reclamados a la administración durante el tiempo señalado por la ley, que para el caso de las prestaciones sociales, obligaciones laborales y de seguridad social, es de tres (3) años, contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

En el *sub lite*, el accionante pretende que se le reliquiden las cesantías por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1992 al 14 de noviembre de 1999, con base en el salario realmente devengado en la planta externa. Al respecto, se tiene que, el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, mediante el cual se dispuso que las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, se liquidarían y pagarían con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores; fue objeto de demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y éste Tribunal declaró inexecutable esta disposición mediante Sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, por considerar, que liquidar las prestaciones sociales del servicio diplomático con el salario equivalente en la planta interna, vulneraba los principios superiores como la dignidad humana, la prevalencia de la realidad sobre las formas, la igualdad y los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital. Así lo dispuso la Corte:

"No obstante su regulación en normas legales diversas, los problemas constitucionales planteados por la cotización y liquidación de la pensión de jubilación y por la liquidación de las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior con base en el salario que corresponde a un cargo equivalente en planta interna y no con base en el salario realmente devengado, son los mismos. Esto es así en tanto en uno y otro caso se incurre en tratamientos diferenciados injustificados que contrarían el mandato de igualdad en la formulación del derecho y que, frente a casos concretos, resultan lesivos de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital. Entonces, tratándose de problemas constitucionales similares, la uniforme línea jurisprudencial desarrollada de tiempo atrás por esta Corporación resulta aplicable y por lo mismo se debe declarar la inexecutable de la norma legal demandada.

...
Para la Corte, como se ha visto, ese tratamiento no está justificado pues implica un desconocimiento del mandato de

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, providencia del 28 de enero de 2009, Rad. No. 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239), Actor: Instituto Nacional de Concesiones-INCO, Demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A.-COVIANDES.

igualdad en la formulación del derecho y del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, principios de acuerdo con los cuales la pensión de jubilación y las prestaciones sociales deben cotizarse y liquidarse con base en lo realmente devengado por el funcionario del servicio exterior y no con base en un salario inferior que no le corresponde. Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones" (Subrayado de la Sala).

Con fundamento en lo anterior, se tiene entonces, que a partir de la ejecutoria de la sentencia C-535 del 24 de mayo de 2005, el demandante, tenía tres (3) años para reclamar ante la administración, la reliquidación de las cesantías con base en el salario realmente devengado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, pues fue con ocasión de este fallo que surgió la posibilidad de reclamar la reliquidación pretendida. Así lo indicó, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en sentencia del 4 de noviembre de 2010, Rad. No. 25000-23-25-000-2005-08742-01(1496-09), actor, FABIO EMEL PEDRAZA PÉREZ, demandado, Ministerio de Relaciones Exteriores, con los siguientes argumentos:

"(...) Dentro del proceso no aparece probada la respectiva notificación de cada acto administrativo que liquida la cesantía, simplemente, según se deduce, se le acredita cada año al demandante en su cuenta individual, el valor que le corresponde por dicho concepto (folios 170 y 171).

Es decir que, en principio, la parte demandante no estaba en la obligación de impugnar el acto de liquidación y giro de las cesantías, pues, no le notificaron cada decisión anual, es más, no aparece probado que cada año se le notificara el contenido del oficio que le giraba o transfería los dineros con destino al Fondo Nacional de Ahorro; en otros términos, la parte demandante, sustancialmente, no tuvo oportunidad para discutir el monto de sus cesantías.

Pero además, partiendo de la base de que el problema jurídico que se presenta aquí corresponde a la forma de liquidación de las cesantías en donde la entidad lo hizo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 10 de 1992, que ordena "las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones a equivalentes en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores", norma que, como ya se indicó, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-535 de 2005.

Conforme a lo antes indicado se precisa que existía un obstáculo de orden legal que no permitía liquidar las prestaciones de los empleados del servicio exterior, con base en lo que devengaban sino sólo de acuerdo con los valores equivalentes a los de la planta interna, de manera que se puede decir, como ya lo ha precisado esta Sala, que el derecho a devengar la cesantía liquidada con base en lo devengado en el servicio exterior, sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición de las sentencia referida, pues antes, es evidente que la entidad pública se abstenía de liquidarla.

A partir de la remoción del obstáculo normativo cuya sentencia fue proferida el 24 de mayo de 2005, el demandante estaba legitimado para pedir el reconocimiento de su derecho, por ende, no es procedente declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo pidió la entidad recurrente en el recurso de alzada.

Es decir, con base en los nuevos criterios jurisprudenciales antes señalados la posición que asumió esta Corporación en sentencia proferida por la Sección Segunda - Subsección A, del 4 de marzo de 2010, Expediente No. 25000-23-25-000-2005-08719-01 (1605-2008), Actor: MÓNICA SOFÍA DIMATE CASTELLANOS contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en donde se indicó que es inepta la demanda cuando se acusa el acto administrativo que da respuesta a un segundo derecho de petición, cuando no se demandó el acto primigenio de la Administración, que le permitió a la actora enterarse de la liquidación de sus cesantías, permiten inferir que en el presente caso la solución de distinta" (Subrayado fuera de texto).

Conforme al precedente anterior, como el demandante **HERNANDO PRADA GONZÁLEZ**, radicó la petición de reliquidación de las cesantías, con base en el salario realmente devengado en el exterior, durante los años 1992 a 1999, el 29 de septiembre de 2014,⁵ se concluye, que se podría pensar, que operó el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos reclamados en esta demanda.

No obstante lo anterior, frente a la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada, se encuentra, que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E), el 3 de agosto de 2015, en el expediente 27001-23-33-000-2013-00158-01(1261-14), con relación a la posibilidad de declarar próspera esa excepción en la audiencia inicial, señaló:

"En el sub lite, se demanda la nulidad de un acto negativo presunto producto del silencio de la administración ante la solicitud presentada por la demandante para el reconocimiento de las cesantías y la indemnización moratoria por el pago tardío de las mismas, lo cual, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º, literal d) de la Ley 1437 de 2011, se puede presentar en cualquier tiempo: En tal virtud no existe caducidad.

*Finalmente se tiene que decir que **resulta contradictorio resolver la excepción de prescripción en esta oportunidad, pues, todavía no se ha establecido si le asiste el derecho a la demandante**, lo cual se determinará en la sentencia luego de haberse escuchado a las partes, analizado la normatividad que regula el derecho pretendido y valorado las pruebas allegadas al proceso.*

*Significa lo anterior que así en el artículo 180, numeral 6º de la Ley 1437 de 2011, se señale que "el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y **prescripción extintiva**", esta última por lo general deberá ser analizada al momento de proferirse la sentencia cuando el estudio del proceso en su integridad lleve al juez a determinar que sí le asiste el derecho a la persona que acciona, y una vez establecido*

⁵ Folios 2 a 4.

proceder a prescribir lo que corresponda, de conformidad con la normatividad que regula el asunto, salvo que se hayan acreditado para decidir la excepción todas las pruebas que permitan resolverla".

Con base en el lineamiento expuesto, es claro, que no resulta procedente declarar en la audiencia inicial, la excepción de prescripción en controversias como la aquí planteada, de manera que el juez de instancia deberá continuar con el trámite de la audiencia inicial, con el fin de que en la sentencia, se analice si se configura o no ese fenómeno, una vez se determine si le asiste derecho al demandante al reajuste de sus cesantías definitivas con base en el salario realmente devengado en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En tal sentido, se advierte que dicha excepción, no impide el examen de fondo de la controversia planteada, de modo que su ocurrencia tan solo es posible determinarla una vez se analice el fondo del litigio y se establezca si le asiste o no derecho al actor.

Por consiguiente, se procederá a revocar la decisión del Juez de primera instancia, mediante la cual, declaró probada la excepción de prescripción del derecho, respecto de la reliquidación de las cesantías causadas por el periodo comprendido entre 1992 a 1999 y en consecuencia se ordenará que continúe con el trámite de la audiencia inicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto del 27 de noviembre de 2019, a través del cual, el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., declaró probada la excepción de prescripción y en consecuencia, ordenó la terminación del proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

En su lugar, se dispone:

ORDENAR al A - quo, continuar con el trámite de la audiencia inicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

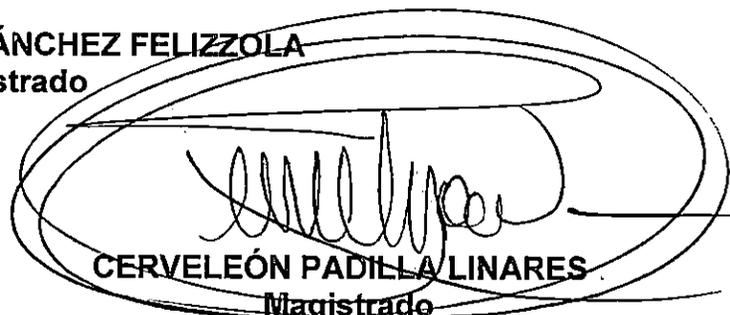
SEGUNDO: Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, dejando las constancias del caso.

La anterior decisión, fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA
Magistrado



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado
Ausente con excusa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"

MAGISTRADO PONENTE DR. JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA

SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE	:	11001-33-35-023-2018-00388-01
DEMANDANTE	:	GUILLERMO LEÓN APACHE MARTÍNEZ
DEMANDADA	:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
ASUNTO	:	SE RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

Se procede a resolver el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la parte demandante (C.D fol. 107 Min. 08:20 a Min. 10:54), contra el auto del 30 de octubre del 2019, proferido por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que declaró probada de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia, ordenó la terminación del proceso.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., la parte demandante, solicitó, se declare la nulidad del oficio No S-2018-002990 del 15 de enero de 2018 proferido por la Policía Nacional, por medio del cual, se negó la liquidación y el pago por concepto de los tres meses de alta, reconocidos al demandante mediante sentencia judicial.

A título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la parte demandada, **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**, a reconocer y pagar, de forma indexada, los tres meses de alta que le fueron negados al demandante.

Adicionalmente, solicitó la indemnización por los perjuicios materiales y morales ocasionados al actor por la omisión del pago de los tres meses de alta, el cumplimiento de la sentencia de conformidad con lo dispuesto C.P.A.C.A., y que condene a la parte demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

Mediante auto del 10 de mayo del 2019, se admitió la demanda, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** (fols. 75 y vlto.), en el cual, se ordenó notificar a la parte demandada, así como al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica para que dentro de un término no mayor a treinta (30) días procedan a dar contestación a la demanda, propongan excepciones y demás contenidas en el artículo 172 del C.P.A.C.A..

Por intermedio de apoderado judicial, la demandada, **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL**, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones denominadas i) *falta de legitimación en la causa por pasiva*, ii) *cobro de lo no debido* y iii) *excepción genérica* (fols. 85 a 88).

Igualmente, a través de apoderado judicial, la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA - CASUR**, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones elevadas por el extremo actor, proponiendo la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* (fols. 94 a 95 vlto.).

II. EL AUTO RECURRIDO

Surtido el trámite correspondiente, el 30 de octubre del 2019, en desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., declaró probada de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda ordenando, la terminación del proceso, por considerar, que analizadas las pretensiones, los hechos y concepto de violación de la demanda, se evidencia, que la parte demandante, pretende que las entidades demandadas, den cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del 8 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., en la sé que ordenó, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor, a partir de la terminación de los tres meses de alta.

En ese orden de ideas, advirtió, que el Juez Séptimo Administrativo, dio por hecho, que el demandante, tenía derecho al pago de los tres meses de alta, tanto así, que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro, a partir de la terminación de los mismos. Igualmente, sostuvo, que si el Despacho no pretendía reconocer esos tres meses, hubiese reconocido la asignación de retiro, desde la fecha de desvinculación del servicio.

Señaló, que si el accionante considera, que la parte demandada, no dio estricto cumplimiento a lo ordenado en la sentencia judicial, el trámite para la reclamación de dicha acreencia, no corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sino al proceso ejecutivo, consagrado en los artículos 297 a 299 del C.P.A.C.A, el cual debe adelantarse, ante el mismo Despacho, que profirió la sentencia base de ejecución.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. PARTE DEMANDANTE

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

Inconforme con lo decidido, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, en contra el anterior proveído (CD fol. 109 Min. 08:20 a Min. 10:54), manifestando, que si bien, la sentencia del 8 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a partir de la terminación de los tres meses de alta, lo cierto es, que esos tres meses, nunca fueron reconocidos ni liquidados por ninguna de las entidades demandadas, pese a que se efectuó su reclamación, pues el pago efectuado, se limitó, únicamente a la asignación de retiro en favor del accionante.

Afirmó, que al demandante, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los tres meses de alta, que hacen parte de su respectiva hoja de vida.

IV. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Visto el recurso de apelación, la Sala advierte, que la controversia se circunscribe a determinar, si en el caso sub examine, hay lugar a declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, tras verificar, si el medio de control que debía escoger el demandante, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, o el ejecutivo, estableciendo para ello, la procedencia de las pretensiones de la demanda.

5.2. DE LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

La doctrina procesal entiende por "excepción" todo medio de defensa que proponga el demandado frente a las pretensiones de la parte actora y suele clasificar este instituto procesal en, i) Excepciones *previas o dilatorias*, que tienden a postergar la contestación en razón de carecer la demanda de requisitos para su admisibilidad, ii) Excepciones de *fondo o perentorias*, las cuales buscan destruir el derecho pretendido, por lo que generalmente, no están en el derecho procesal sino en el derecho sustantivo y iii) *Excepciones mixtas*, que son aquellas que tienen naturaleza de excepción previa, pero sus efectos, son de excepción perentoria, toda vez que paralizan el proceso en forma definitiva, como ocurre con la caducidad, transacción, conciliación, prescripción y cosa juzgada.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha señalado:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada.

Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones del demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

*de su derecho o de la relación jurídica o su extinción, o su modificación parcial*¹.

El artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone, que en desarrollo de la audiencia inicial, el Juez o Magistrado Ponente, deberá ocuparse de los siguientes aspectos procesales, saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, decisión sobre medidas cautelares y el decreto de pruebas. Respecto a la decisión de excepciones previas, el citado artículo establece:

"Artículo 180. Audiencia inicial. (...)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...) (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano,² consagra de manera expresa, la excepción previa denominada "*Ineptitud de la demanda*", encajinada fundamentalmente, a que se adecúe la misma, a los requisitos de forma, que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Ésta se da por dos razones, i) Por falta de los requisitos formales y ii) Por indebida acumulación de pretensiones.

Tratándose de la primera modalidad, ésta generalmente se fundamenta en los artículos 43, 74 y 87 del C.P.A.C.A., normas que establecen, que las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, deben primordialmente, dirigirse contra los actos definitivos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto y/o hacen imposible continuar la actuación, bien porque ya se agotaron los recursos de reposición, apelación o queja, o, bien porque los actos administrativos demandados, quedaron en firme. De igual modo, prospera, cuando no se reúnen los requisitos previos exigidos para su estudio de admisibilidad, o, el contenido de la demanda, no se ajusta a lo dispuesto, en los artículos 161 a 166 ibídem y demás normas concordantes.

En lo que respecta a la indebida escogencia del medio de control, se advierte, que de conformidad con lo consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el mencionado error, no constituye causal, que dé lugar a la inepta demanda, pues en los eventos de una equivocada interposición, el artículo 171 del C.P.A.C.A., establece la posibilidad, de que el Juez, efectúe la adecuación correspondiente. Al respecto, la norma en cita, señala:

"Artículo 171. Admisión de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada (...) (Subrayado fuera de texto).

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, providencia del 28 de enero de 2009, Rad. No. 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239), Actor: Instituto Nacional de Concesiones-INCO, Demandado: Concesionaria Vial de los Andes S.A.-COVIANDES.

² Numeral 5 del artículo 100 del Código General del Proceso.

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

Para el caso concreto, se observa, que las pretensiones de la demanda, están encaminadas a obtener, la nulidad del oficio No. S-002990 del 15 de enero de 2018, por medio del cual, el **MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**, negó el reconocimiento y pago de los tres meses de alta solicitados por el actor, bajo el entendido, que en la sentencia del 8 de junio de 2012, no existe orden expresa, de cancelar dicha prestación.

En efecto, una vez analizada la parte motiva y resolutive de la sentencia del 8 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., se evidencia, que la orden impartida, únicamente, a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR**, se limitó al reconocimiento y pago de la asignación de retiro, a partir de la terminación de los tres meses de alta, la cual debía ser liquidada, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, sin que en dicha decisión, se hiciera mención alguna, respecto al pago de los tres meses de alta, cuya cancelación, se encuentra a cargo de la Policía Nacional, entidad que no fue vinculada, en el asunto que en aquella oportunidad se ventilaba.

Ahora bien, el argumento de la A - quo, consistente en señalar, que el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., dio por sentado, que el demandante, tenía derecho al pago de los tres meses de alta, tanto así que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro a partir de la terminación de los mismos y que si su intención no era reconocer esos tres meses, hubiese ordenado el pago de la asignación de retiro, desde la fecha de desvinculación del servicio, carece de fundamento legal, habida cuenta que por expresa disposición legal, la asignación de retiro, debe reconocerse, a partir de la terminación de los tres meses de alta, máxime que la conclusión del Juzgado de Primera Instancia, se hizo bajo conjeturas, que no se acompañan a la verdad material traída al proceso.

En efecto, el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, "*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*", estipula:

*"ARTICULO 144. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, **tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro** equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad" (Subrayado fuera de texto).*

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

De lo anterior, se concluye, que dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado No. 2011-00373, solamente se debatió, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en favor del actor y a cargo de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR** y no de la liquidación y pago de los tres meses de alta, que como ya se mencionó, para quienes tengan derecho, deben ser cancelados, a través de la pagaduría de la respectiva entidad, de conformidad con lo consagrado en el artículo 145 del Decreto 1212 de 1990.

Así las cosas, se infiere, claramente, que el oficio No. S-2018-002990, proferido por el Jefe de Grupo Reubicación Laboral, Retiros y Reintegros de la Policía Nacional, es el acto administrativo que define la situación particular y concreta del actor y en tal sentido, es susceptible de control judicial, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contrario a lo decidido por la A - quo, toda vez que con la petición elevada por el accionante, se planteó un argumento nuevo, consistente en solicitar el reconocimiento y pago de los tres meses de alta, los cuales, contrario a lo afirmado en el auto recurrido, no fueron incluidos en la resolución del cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., pues en ésta nada se dijo frente a tal aspecto.

En este orden, se concluye, que no existe error en la escogencia del medio de control, pues el incoado por el demandante, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho, es el diseñado en el derecho procesal, para debatir la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto del cual se deriven efectos perjudiciales al interesado, en este caso, el pluricitado oficio No. S-2018-002990 expedido por la Policía Nacional.

Ahora y sólo en gracia de discusión, se advierte que la presente controversia, no corresponde a una acción ejecutiva, esto teniendo en cuenta, que el artículo 422 del C.G.P., dispone que pueden demandarse ejecutivamente, las obligaciones expresas, claras y exigibles, que emanen de una sentencia de condena proferida por Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial. Igualmente, el numeral 1º del artículo 297 del C.P.A.C.A., indica, que constituyen título ejecutivo, la sentencias debidamente ejecutoriadas, proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales, se condene a una entidad pública, al pago de sumas dinerarias y se reitera, que como en la sentencia del 8 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., no se ordenó el reconocimiento y pago de los tres meses de alta pretendidos por el actor, la misma, no constituye una obligación a cargo de la parte demanda y por lo tanto no le resulta exigible.

Por las razones expuestas, no se configuró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, y en consecuencia, se revocará el auto recurrido, para que en su lugar, la A - quo, continúe con el trámite de la audiencia inicial.

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2018-00388

Finalmente, se le hace notar a la Juez de primera instancia, que debió resolver sobre todas las excepciones bien sea declarándolas probadas o no y no argumentar, que como iba a declarar probada una de oficio, se relevaba de estudiar las otras, pues dicho actuar, puede hacer más dispendioso el trámite del proceso, debido a que al resolver una por una, puede dar lugar, a que el expediente, esté entre el Juzgado y esta Corporación por el mismo número de excepciones si llegaren a ser apeladas por la parte plural demandada, en cambio, si las hubiere resuelto todas al tiempo y se llegare a presentar inconformidad, en este mismo proveído, se hubieran resuelto acerca de las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto del 30 de octubre del 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia, ordenó la terminación del proceso, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

En su lugar, se dispone:

ORDENAR a la A - quo, continuar con la audiencia inicial, empezando por resolver bien sea declarándolas o no probadas, todas las excepciones propuestas por la parte plural demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, dejando las constancias del caso.

La anterior decisión, fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA
Magistrado

CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

Ausente con excusa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUB SECCIÓN “D”

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Sustanciador Doctor **Luis Alberto Álvarez Parra**

APELACIÓN SENTENCIA

REFERENCIA: 2014-00178
DEMANDANTE: ÁNGELA YOMAIRA AMÓRTEGUI AVELLANEDA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA
JURÍDICA DEL ESTADO Y FIDUCIARIA LA
PREVISORA S.A. COMO VOCERA DEL
PAP DEFENSA JURÍDICA DEL EXTINTO
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE
SEGURIDAD – DAS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra el Auto del 19 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probadas las excepciones previas de caducidad y litisconsorcio necesario e integración del contradictorio, entre otras.

ANTECEDENTES

En el *sub lite*, la señora Ángela Yomaira Amórtegui Avellaneda, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, para que se declare la nulidad del Oficio No. E-2310,18-201320503 del 20 de noviembre de 2013, a través del cual, la entidad demandada en proceso de supresión, negó la prima de riesgo como factor salarial.

A título de restablecimiento del derecho, solicita: **i)** reconocer, pagar y reliquidar todas las primas legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a la

cesantías, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, desde que se causó el derecho y las que se causen a futuro; ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y, iii) condenar en costas a la entidad accionada. (Fls. 3 y 4)

AUTO APELADO

El 19 de marzo de 2019, en desarrollo de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo de Bogotá, declaró, no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y litis consorcio necesario e integración del contradictorio, debido a que está acreditado que la accionante laboró para el DAS, pero una vez se extinguió dicha entidad el legislador previó en el artículo 9º del Decreto 4057 de 2011, la facultad de entregar las carpetas laborales a las entidades receptoras, sin embargo, por disposición del artículo 18 *ibídem* el DAS seguiría atendiendo los procesos hasta cuando se terminara su supresión, los cuales, posteriormente serían entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que asumieron las funciones trasladadas. Igualmente, indicó que el artículo 7º del Decreto 1303 de 2014 incluyó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como entidad legitimada para asumir el proceso respectivo que no sea asignado a ninguna de las entidades receptoras. De igual forma, resaltó la disposición del artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se ordenó al Ministerio de Hacienda constituir una fiducia Mercantil con los bienes del extinto DAS, para atender las obligaciones derivadas de las eventuales condenas.

En cuanto a la Fiscalía General de la Nación, indicó que esta entidad no está llamada a ser litisconsorte necesario, dado que, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, ésta no es una entidad receptora que pertenezca a la Rama Ejecutiva, lo anterior, en virtud del principio de separación de poderes y de la inaplicación del artículo 7º del Decreto 1303 de 2014, donde se imposibilita a la Rama Ejecutiva responsabilizar de los asuntos que tiene a su cargo a otra rama del Poder Público.

Finalmente, declaró no probada la excepción de caducidad, ya que, el acto acusado resuelve de manera definitiva una petición de reliquidación de las prestaciones sociales, sin embargo, no se evidencia el retiro del servicio de la demandante; razón por la cual, sostuvo que la situación bajo examen está

cesantías, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, desde que se causó el derecho y las que se causen a futuro; ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y, iii) condenar en costas a la entidad accionada. (Fls. 3 y 4)

AUTO APELADO

El 19 de marzo de 2019, en desarrollo de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo de Bogotá, declaró, no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y litis consorcio necesario e integración del contradictorio, debido a que está acreditado que la accionante laboró para el DAS, pero una vez se extinguió dicha entidad el legislador previó en el artículo 9º del Decreto 4057 de 2011, la facultad de entregar las carpetas laborales a las entidades receptoras, sin embargo, por disposición del artículo 18 *ibídem* el DAS seguiría atendiendo los procesos hasta cuando se terminara su supresión, los cuales, posteriormente serían entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que asumieron las funciones trasladadas. Igualmente, indicó que el artículo 7º del Decreto 1303 de 2014 incluyó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como entidad legitimada para asumir el proceso respectivo que no sea asignado a ninguna de las entidades receptoras. De igual forma, resaltó la disposición del artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se ordenó al Ministerio de Hacienda constituir una fiducia Mercantil con los bienes del extinto DAS, para atender las obligaciones derivadas de las eventuales condenas.

En cuanto a la Fiscalía General de la Nación, indicó que esta entidad no está llamada a ser litisconsorte necesario, dado que, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, ésta no es una entidad receptora que pertenezca a la Rama Ejecutiva, lo anterior, en virtud del principio de separación de poderes y de la inaplicación del artículo 7º del Decreto 1303 de 2014, donde se imposibilita a la Rama Ejecutiva responsabilizar de los asuntos que tiene a su cargo a otra rama del Poder Público.

Finalmente, declaró no probada la excepción de caducidad, ya que, el acto acusado resuelve de manera definitiva una petición de reliquidación de las prestaciones sociales, sin embargo, no se evidencia el retiro del servicio de la demandante; razón por la cual, sostuvo que la situación bajo examen está

CONSIDERACIONES

La caducidad es una institución consagrada en la ley procesal, que determina el tiempo dentro del cual es ejercitable el derecho de acción, como derecho público subjetivo para acudir a los órganos de la jurisdicción en procura del respeto de la legalidad o la protección de los derechos que el demandante estime desconocidos por la actividad administrativa del Estado. Es así, como en el artículo 164, numeral 2º, literal d), del CPACA, se establece:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. (...).”

Según esta norma, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede ejercerse en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos administrativos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

Ahora bien, como en el *sub examine*, la demandante mantuvo vigente su incorporación en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS hasta haber sido incorporada a la planta del personal de la Fiscalía General de la Nación, a partir del 1º de enero de 2012, se entiende que no perdió continuidad y su incorporación lo fue por disposición legal, tal y como consta en la Resolución No. 3433 de 29 de diciembre de 2011, expedida por la Fiscalía General de la Nación (*Fols 209-212 cdno anexo*).

Igualmente, no obra en el plenario, prueba que acredite el retiro del servicio de la accionante, razón por la cual, pretende la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas en actividad con la inclusión de la prima de riesgo, con lo cual, dichos emolumentos se erigen como prestaciones periódicas y, en tal sentido, el presente medio de control no es susceptible del fenómeno de la caducidad, tal como lo determinó el *a quo*.

De otra parte, indica la recurrente que conforme a lo establecido en los artículos 6º 7º y 9º del Decreto 4057 de 2011, la asignación de procesos judiciales del extinto DAS, deben ser asumidos por la Fiscalía General de la Nación, en calidad de sucesora procesal, razón por la que debe integrarse como litis consorcio necesario.

Al respecto, cabe precisar la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la atención de procesos y conciliaciones judiciales en que sea parte el extinto DAS y/o su fondo rotatorio, por lo tanto, resulta necesario traer a colación lo preceptuado en el artículo 18 del Decreto Ley 4057 de 2011, así:

Artículo 18. Atención de procesos judiciales y de cobro coactivo. Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión.

Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá. (Subrayas no pertenecen al texto)

En concordancia con el aparte destacado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1303 de 2014, que en el artículo 7º dispuso:

ARTÍCULO 7º. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3º del Decreto-ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora.

Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para efectos de lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios. (Subrayas no pertenecen al texto)

De las normas transcritas, es dable concluir que únicamente están llamadas a atender directamente los procesos y conciliaciones judiciales en que sea parte el extinto DAS y/o su fondo rotatorio, las entidades de la Rama Ejecutiva que asumieron las diferentes funciones que tenía a cargo el liquidado DAS. De manera que aquellos organismos receptores de funciones y que no pertenecen a la citada rama del poder público, no tenían la obligación de asumir ninguna carga litigiosa, razón por la cual se atribuyó dicho aspecto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Conforme a lo anterior, el Gobierno Nacional autorizó la creación del patrimonio autónomo *"PAP FIDUPREVISORA S.A Defensa Jurídica extinto Departamento Administrativo – DAS y su Fondo Rotatorio"*, que a través de una sociedad fiduciaria se encarga de atender los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales fuera parte o destinatario el extinto DAS y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras. A su turno, tiene que soportar la carga presupuestal que se derive de las condenas que se profirieran en contra de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Lo anterior, fue establecido en la Ley 1753 de 2015, así:

ARTÍCULO 238. ATENCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES Y RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS DEL EXTINTO DAS Y CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA MERCANTIL. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7o y 9o del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil.

Así entonces, en el caso de los trabajadores que fueron trasladados a la Fiscalía General de la Nación, se previó en forma expresa que al no pertenecer

esta entidad a la Rama Ejecutiva, los procesos judiciales deben ser asumidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y pagados con cargo al patrimonio al que se ha hecho mención, como en efecto lo dispuso el Gobierno Nacional en el Decreto 108 de 2016:

Artículo 1°.Asignación de procesos. Asígnanse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento.

Acorde con lo anterior, se tiene que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado está llamada a comparecer en el presente proceso en aras de asumir la defensa técnica de los procesos judiciales que inicien los empleados que fueron trasladados a la Fiscalía General de la Nación, frente a lo cual, vale la pena aclarar, que la eventual condena que se llegue a producir en contra de la citada agencia debe ser pagada por el patrimonio autónomo "PAP FIDUPREVISORA S.A Defensa Jurídica extinto Departamento Administrativo – DAS y su Fondo Rotatorio", razón por la cual, es correcto tener como sucesor procesal al mentado patrimonio, tal como lo determinó el juez de instancia.

En consecuencia, se impone confirmar el Auto del 19 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo de Bogotá, que declaró no probadas las excepciones de caducidad y litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMASE el auto del 19 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probadas las excepciones previas de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva.

T.A.C. Sección Segunda Subsección "D" Expediente 2014-00178

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

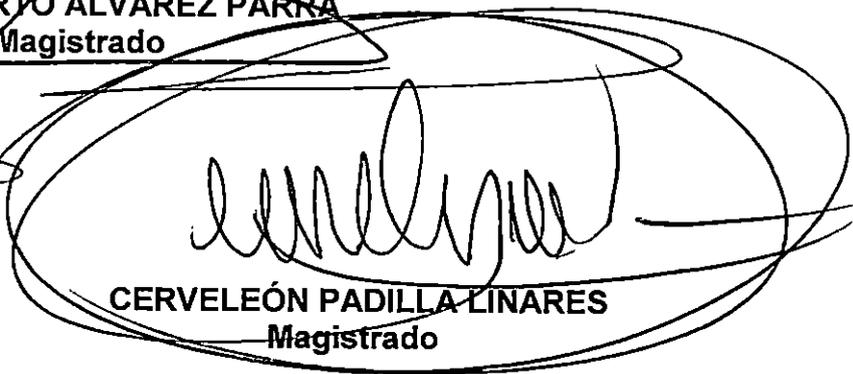
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

LAAP/JP

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUB SECCIÓN "D"**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Sustanciador doctor **Luis Alberto Álvarez Parra.**

SEGUNDA INSTANCIA

REFERENCIA: Exp. 2018 – 00105

DEMANDANTE: LEONARDO ANDRÉS SALGADO RAMÍREZ

DEMANDADO: BOGOTÁ D.C. - PERSONERÍA DE BOGOTÁ

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el Auto del 14 de marzo de 2019, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró probada, la *falta del requisito de procedibilidad* y, en consecuencia, dio por terminado el proceso, en el cual se pretende la nulidad del acto administrativo que sancionó disciplinariamente al demandante.

El 14 de marzo de 2019, en desarrollo de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, declaró probada, la *falta del requisito de procedibilidad*, por cuanto el demandante no interpuso el recurso de apelación contra el Auto No. 598 del 31 de mayo de 2017, el cual es obligatorio, al tenor de lo establecido en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA (*Fls. 426 a 431*).

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, por considerar que dentro del plenario no obra constancia de la citación que debía enviarse al domicilio de su representado, a fin de que compareciera a notificarse personalmente del acto acusado, así como tampoco, obra constancia de que no hubiera sido posible llevar a cabo dicha notificación.

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 180, dispone que, en desarrollo de la audiencia inicial, el Juez o Magistrado Ponente deberá ocuparse de los siguientes aspectos

procesales a saber: saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, decisión sobre medidas cautelares y el decreto de pruebas.

Respecto a la decisión de excepciones previas, el precitado artículo establece:

"Artículo 180. Audiencia inicial. (...)

6. Decisión de excepciones previas. *El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...).*

El artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., enlista las excepciones previas, entre las cuales está la de *"ineptitud de la demanda"* (Num.5), según la cual, si el libelo introductorio no cumple con los requisitos de forma señalados por el legislador, no puede tramitarse válidamente el proceso *so pena* de generar, en algunos casos, fallo inhibitorio. Así, la *demanda en forma* es un presupuesto procesal que hace relación a la confección, elaboración, requisitos o condiciones formales del libelo, cuyos requisitos están señalados en los artículos 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, impera precisar que, al tenor de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos definitivos, son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación, razón por la cual, son susceptibles de ser impugnados a través de los recursos de la vía administrativa o demandados ante el Juez Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 74 *ibídem*, consagra los recursos que proceden contra los actos definitivos, así: El de reposición ante quien expidió la decisión, el de apelación ante el inmediato superior administrativo o funcional y el de queja cuando se rechace el de apelación. Respecto al recurso de apelación, el inciso 3º del artículo 76 del mismo estatuto, establece que *"podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción"* (Subrayado fuera de texto).

De otro lado, esta exigencia fue elevada a la categoría de requisito de procedibilidad para demandar, en el artículo 161 del CPACA, así:

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

...

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral (Resaltado fuera de texto).

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene que en los folios 280 a 300 del expediente, obra copia del fallo disciplinario de fecha 31 de mayo de 2017, mediante el cual, la Personería de Bogotá D.C., le impuso sanción disciplinaria al demandante, consistente en destitución e inhabilidad general de diez (10) años, para ejercer cualquier cargo o función pública. Este acto administrativo en su parte resolutive, dispuso:

TERCERO: *Contra esta decisión procede para el disciplinado el recurso de APELACIÓN, el cual podrá interponer en la oportunidad y términos previstos en los artículos 11, 112 y 115 de la ley 734 de 2002.*

(...)

QUINTO: *Notifíquese personalmente la decisión al disciplinado. (Subrayado fuera de texto).*

De lo anterior se infiere, claramente, que para que esta Jurisdicción pudiera conocer, tramitar y decidir la presente demanda, era imperioso que la parte actora hubiera agotado el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, esto es, interponer el recurso de apelación, por ser procedente y obligatorio, contra el Auto No. 598 del 31 de mayo de 2017; sin embargo, esto no ocurrió.

En cuanto a la exigencia de la interposición del recurso de apelación en sede administrativa, previo a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el H. Consejo de Estado¹, ha señalado:

"(...) la vía gubernativa como lo ha precisado la jurisprudencia, busca que la administración tenga la oportunidad de rectificar su actuación, convirtiéndose este procedimiento previo, en los casos en que resulta obligatorio, en parte del debido proceso al cual también tienen derecho las personas jurídicas de derecho público.

(...)

Por ello, el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo impone como requisito a los particulares para que puedan acudir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, el agotamiento de la vía gubernativa...

(...)

El agotamiento de la vía gubernativa, es entonces, un presupuesto procesal indispensable según el artículo 135 del C.C.A. para acudir al ámbito jurisdiccional y no una simple formalidad que pueda obviarse."

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, Providencia del 2 de mayo de 2013, Rad. No. 11001-03-25-000-2011-00141-00(0480-11), Actor: Jacqueline Becerra Becerra, Demandado: Procuraduría General de la Nación.

A pesar de que este pronunciamiento se hizo en vigencia del Decreto 01 de 1984, en todo caso, mantiene pleno vigor, por cuanto el mismo presupuesto se mantiene en la Ley 1437 de 2011.

De otro lado, no le asiste razón al apoderado del demandante cuando afirma que la Personería de Bogotá D.C., incumplió con el deber de enviar la citación al domicilio del demandante para que compareciera a notificarse personalmente del acto acusado, pues, en el folio 301 del plenario obra la referida citación, la cual, fue enviada por correo certificado a través de la empresa de mensajería 472, a la Calle 65 sur N° 1B 51 Este Interior 3 Casa 450, dirección autorizada por el accionante para recibir correspondencia, según se extrae de la constancia de notificación personal del Auto de Pliego de Cargos No. 1461 del 12 de diciembre de 2016 (fl. 259) y en la que fue entregada el 08 de junio de 2017, la mencionada comunicación, de conformidad con la consulta realizada mediante la página web de la empresa de correos con el número de guía RN770915319CO (fl. 301A).

Así pues, al no comparecer el disciplinado para notificarse personalmente, la Personería de Bogotá D.C., siguiendo el procedimiento establecido en sede administrativa, notificó el Auto No. 598 del 31 de mayo de 2017, mediante el Edicto No. 754, visible en los folios 302 y 303 del expediente. En este orden, se concluye que el hecho de que el demandante no haya comparecido a notificarse personalmente del acto administrativo acusado, no enerva el deber señalado en el numeral 2° del artículo 161 del CPACA, que dispone que, si contra un acto administrativo procede el recurso de apelación, este debe interponerse, por ser obligatorio, so pena de ser rechazada la demanda.

Finalmente, se impone precisar, que la ausencia del requisito de procedibilidad relacionado con la interposición de los recursos que fueren obligatorios, no constituye, *estricto sensu*, una excepción que deba ser declarada como tal, como lo hizo el *a quo*, sino que, su no agotamiento, de acuerdo a lo establecido en el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, implica que el Juez de instancia deba dar por terminado el proceso cuando "*advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad*". En este orden, se impone confirmar parcialmente el Auto del 14 de marzo de 2019, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en cuanto dio por terminado el proceso, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de que trata el numeral 2° del artículo 161 del CPACA.

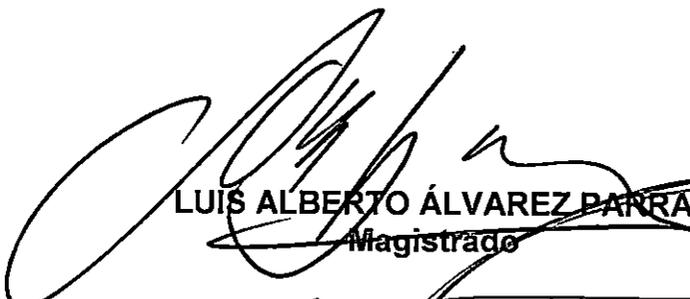
En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D",

RESUELVE:

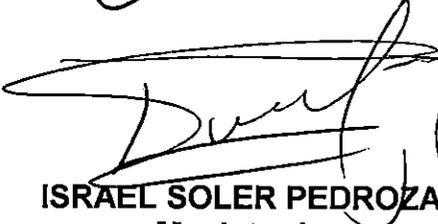
CONFIRMAR PARCIALMENTE el Auto del 14 de marzo de 2019, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en cuanto se precisa que se dio por terminado el proceso, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de que trata el numeral 2º del artículo 161 del CPACA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado Administrativo de origen.

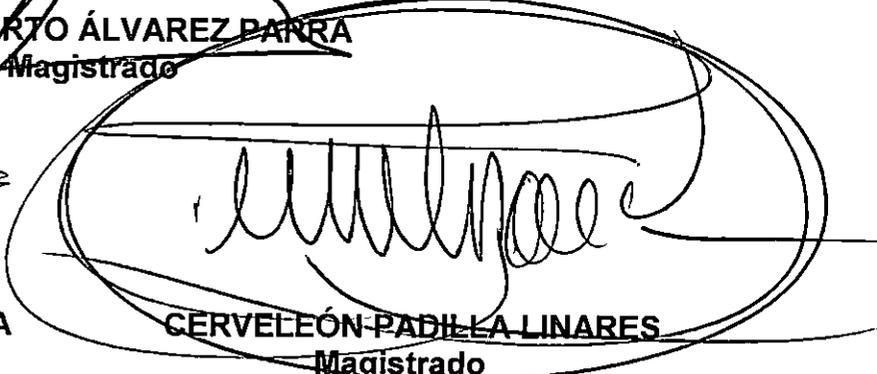
Aprobado en Sala de decisión de la fecha según acta



LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUB SECCIÓN "D"

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Sustanciador doctor **Luis Alberto Álvarez Parra.**

SEGUNDA INSTANCIA

REFERENCIA: Exp. 2017-00464

DEMANDANTE: VÍCTOR MIGUEL CAMACHO ARCE

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el Auto del 9 de agosto de 2018, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probada la excepción de cosa juzgada.

EL AUTO APELADO

El 9 de agosto de 2018, en desarrollo de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, declaró no probada la excepción de cosa juzgada, respecto de la pretensión consistente en ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante incluyendo la prima de riesgo, toda vez que, la misma fue decidida en forma favorable por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante Sentencia del 20 de agosto de 2008, pero confirmada parcialmente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que en providencia del 4 de junio de 2009, señaló que no dicho factor salarial no debe incluirse en la reliquidación pensional ordenada. Tales providencias fueron proferidas dentro del proceso N° 2006-03775.

El juez de instancia, sustentó su decisión en que tratándose de prestaciones periódicas, como la pensión de jubilación, el interesado puede hacer tantas peticiones, cuanto sean necesarias y obtener tantas respuestas cuanto sean posibles, las cuales pueden ser demandadas autónomamente ante la Jurisdicción

de lo Contencioso Administrativo, puesto que es un derecho de tracto sucesivo e imprescriptible, que no está sujeto al fenómeno de la caducidad, conforme a lo señalado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Así pues, el *a quo* concluyó que los actos administrativo acusados en el presente proceso, son producto de una petición posterior a las decisiones judiciales antes señaladas, por lo tanto, contienen una manifestación de la voluntad de la administración diferente. En consecuencia, consideró que no operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada en las presentes diligencias. (Fl. 114 a 116).

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, con los siguientes argumentos:

Téngase en cuenta que estamos hablando de un mismo factor, el cual ya fue referido en sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá y posteriormente atendido en la modificación que hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 4 de junio de 2009, y es que ya se había determinado sobre la solicitud de reliquidación atendiendo el factor de la prima de riesgo, es más, el fallo señaló que quedaba en el sentido de excluir de la reliquidación ordenada la prima de riesgo, la indemnización por vacaciones, el sueldo por vacaciones por las razones ya indicadas, (...) posteriormente las resoluciones (...) simple y llanamente le están manifestando al demandante que ya hay una decisión judicial que señaló que ese factor no se debía tener en cuenta y como lo ha hecho repetitivamente pues se le han dado las respuestas pero no es otra cosa distinta a insistir a que la entidad proceda a reliquidar lo que ya un fallo judicial dijo que no se podía reliquidar, por eso es que se habla de la cosa juzgada (...). (Transcripción del audio contenido en CD de Audiencia Inicial visible a folio 118).

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 189 del CPACA, existe cosa juzgada en los procesos contencioso administrativos, en los siguientes eventos:

"Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. (...).

A su turno, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en este caso en virtud del principio de integración normativa previsto en el artículo 306 del CPACA, establece que la cosa juzgada se configura cuando concurren los siguientes requisitos:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)."

Por su parte, el H. Consejo de Estado, en relación con la figura de la cosa juzgada, ha señalado¹:

"(...) El fenómeno de la cosa juzgada, opera cuando la jurisdicción ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una misma causa petendi mediante sentencia de fondo debidamente ejecutoriada, circunstancia que enerva la posibilidad de realizar hacia futuro otro pronunciamiento sobre el mismo asunto.

El concepto de cosa juzgada, tal cual lo ha sostenido la Sala en forma reiterada, hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia. En ese orden de ideas, resulta factible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto. (...)"

Así entonces, conforme a las normas señaladas, para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto litigioso, es decir, las mismas pretensiones o declaraciones que se reclaman a la justicia²; b) Que se funde en la misma causa anterior, esto es, el mismo motivo o fundamento jurídico del cual el actor deriva su pretensión³ y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de partes.

Descendiendo al *sub examine*, se tiene que, el señor Víctor Miguel Camacho Arce, actuando a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la UGPP, con las siguientes pretensiones:

1. *Se declare la nulidad de las resoluciones RDP 006145 de 20 de febrero de 2017, RDP 015686 de 18 de abril de 2017 y RDP 020008 de 16 de mayo de 2017, proferidas por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP.*
2. *Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare que a mi poderdante le asiste razón jurídica para que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, le reliquide y pague su pensión con la inclusión del factor denominado PRIMA DE RIESGO, que devengó en el último año de servicio cuando se desempeñaba como Detective Especializado 206-13 en el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.*
3. *Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante con la inclusión de la PRIMA DE RIESGO, desde el 30 de septiembre de 2013. (Fl. 41).*

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Dr. Rafael Enrique Ostau de Lafont Planeta, providencia del 5 de marzo de 2009, Rad. No. 11001-03-24-000-2004-00262-01, Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo, Demandado: Ministerio de Transporte, indicó:
²Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de mayo de 1952, Tomo LXXII, página 86
³ López Blanco Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, Editores Dupre, Bogotá 1997.

En oportunidad anterior, el actor, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, en la cual pretendía, la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de la prima de riesgo, cuya sentencia de segunda instancia fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en providencia del 4 de junio de 2009, que al respecto señaló:

SEGUNDO. MODIFICASE la sentencia proferida el 20 de agosto del 2008 por el Juzgado Doce (12) administrativo de Bogotá, en el proceso de la referencia que accedió a las pretensiones de la demandad en el proceso promovido por VICTOR MIGUEL CAMACHO ARCE contra la Caja Nacional de Previsión Social en el sentido de excluir de la reliquidación ordenada la prima de riesgo, la indemnización por vacaciones el sueldo por vacaciones por las razones indicadas (...)

Según obra en el expediente, este proceso fue conocido en primera instancia por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el cual, mediante Sentencia del 20 de agosto de 2008, declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y, ordenó a la demandada, reliquidar la pensión de jubilación del demandante incluyendo la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, indemnización por vacaciones, prima de riesgo y sueldo por vacaciones (fl. 100); sin embargo, esta decisión fue modificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, a través de providencia del 4 de junio de 2009, *“en el sentido de excluir de la reliquidación ordenada la prima de riesgo, la indemnización por vacaciones el sueldo por vacaciones”*, razón por la cual, en principio, operó el fenómeno de la cosa juzgada respecto del emolumento que se reclama.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en este caso en virtud del principio de integración normativa previsto en el artículo 306 del C.P.A.C.A., establece que la cosa juzgada se configura cuando concurren los siguientes requisitos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”

En el *sub examine*, se advierte que, en la primera demanda se pretendía la nulidad de los actos administrativos, mediante la cual, la Caja Nacional de Previsión

Social – CAJANAL, le negó al actor la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios: “*prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de riesgo*” (Se subraya), en tanto que, en esta segunda demanda, el accionante pretende la nulidad de las Resoluciones No. RDP 006145 de 20 de febrero de 2017, RDP 015686 de 18 de abril de 2017 y RDP 020008 de 16 de mayo de 2017, a través de las cuales, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le negó al demandante la reliquidación de dicha prestación, incluyendo, únicamente la prima de riesgo.

Para la Sala es claro que, existe identidad de partes y de objeto, pero, en relación con la *causa petendi*, observa que las razones que se invocan en una y otra demanda son distintas, pues en la primera, el actor pretendía la reliquidación de su pensión de jubilación de conformidad con el régimen especial contemplado en los Decretos 1047 de 1978, 1932 y 1933 de 1989. Ahora, con la presente demanda, pretende nuevamente la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo únicamente la prima de riesgo, con el argumento consistente en el cambio jurisprudencial del Consejo de Estado, que en su momento consideró factor salarial dicho emolumento.

Así las cosas, la Sala encuentra que, efectivamente, el motivo o la razón por la cual se presenta esta nueva demanda es distinto al invocado en el libelo tramitado en el proceso No. 2006-03775, toda vez que, los cargos planteados y el concepto de violación que se presentaron como sustento de la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho en el *sub examine* son diferentes, pues se enmarcan, exclusivamente en la existencia de la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 1º de agosto de 2013⁵ que dispone la inclusión de la prima de riesgo como factor para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

No sobra precisar que, el Consejo de Estado, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 13 de mayo de 2015, Exp. No. 2012-01645, indicó que, en materia pensional, el fenómeno de la cosa juzgada no procede, toda vez que son derechos que se prolongan en el tiempo, o de tracto sucesivo y constituyen

⁴ Fls. 100 a 108 – Exp. 2006-03775

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Ext. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Actor: Héctor Enrique Duque.

derechos irrenunciables, por lo que se puede solicitar en vía gubernativa, la reliquidación en distintas oportunidades y demandarse los actos correspondientes, siempre y cuando se invoquen motivos distintos a los juzgados anteriormente.

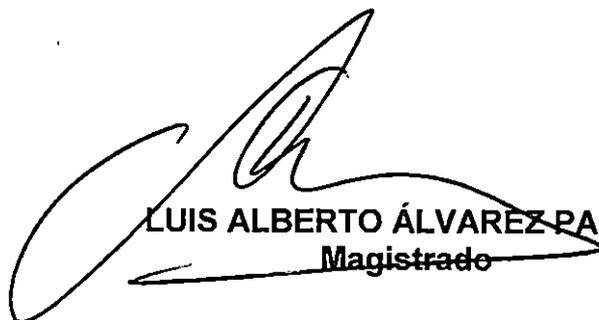
En consecuencia, la Sala concluye que, esta modificación en el precedente jurisprudencial constituye un nuevo hecho que habilita al demandante para que, por vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretenda la inclusión de la prima de riesgo como factor para la liquidación de su pensión de jubilación, por lo que, no es posible afirmar que se cumplen los tres (3) requisitos para la configuración del fenómeno de la cosa juzgada. En consecuencia, se impone confirmar el Auto del 9 de agosto de 2018, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probado dicho medio exceptivo, aunque por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D",

RESUELVE:

CONFIRMASE el Auto del 9 de agosto de 2018, proferido en Audiencia Inicial por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probada la excepción de cosa juzgada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.


LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado


ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA
CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado