



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-030-2017-00326-01  
Demandante : **José Edgar Cepeda Ayala**  
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste asignación de retiro (prima de actualización)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 18 de abril de 2018, por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**Medio de control** (fs. 23 a 46). El señor José Edgar Cepeda Ayala a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), para que se declare la nulidad del Oficio ID 210999 del 27 de marzo de 2017, a través del cual se le negó el cómputo de la prima de actualización en la base prestacional, para el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo a la nivelación salarial.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a Casur i) la reliquidación y el correspondiente reajuste a la asignación de retiro incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la referida prima sobre el sueldo básico de conformidad con la Ley 4 de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993 y 133 de 1995 a partir del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1995; ii) se ordene que los reajustes anuales a partir del 1 de enero de 1996 y hasta cuando se efectúe

el pago, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la prima de actualización; iii) se efectuó el respectivo ajuste e indexación y con los intereses correspondientes hasta la fecha del pago total; y iv) dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 187, 188, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**Fundamentos fácticos.** El demandante relató como soporte del presente medio lo siguiente:

Le fue reconocida la asignación de retiro por parte de Casur mediante la Resolución 7577 del 9 de septiembre de 2013.

La prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, los derechos creados con la misma son permanentes y no se extinguen.

Al no haberse computado la prima de actualización en la asignación básica tampoco se realizó el reajuste correspondiente a dicha asignación desde el 1 de enero de 1992.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur) al reconocer la asignación de retiro no incorporó el valor correspondiente a la prima de actualización.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 16, 25, 42, 46, 51, 52 y 90 de la Constitución Política de Colombia; 2 y 13 Ley 4ª de 1992; 15 del Decreto 335 de 1992; 29 del Decreto 25 de 1993; Decreto 65 de 1994; Decreto 133 de 1995; y Decreto 107 de 1996.

Señaló que debido a la temporaneidad de la prima de actualización, el Estado incumplió a los pensionados y a quienes tenían asignación de retiro, al no computar en la asignación de retiro dicha prima.

Aseguró que la prima de actualización debe reconocerse no como prestación social, dado sus efectos temporales, sino como reconocimiento de su cómputo para reliquidación de asignaciones de retiro o pensión, dado que ello afecta la base pensional de la asignación.

**Contestación de la demanda.** (fs. 60 a 67). La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur) afirmó que la nivelación salarial, así como los porcentajes fueron incorporados o aplicados por concepto de prima de actualización, indicando en forma separada por cada vigencia, los porcentajes correspondientes, al incremento anual legal ordinario, como mecanismo único establecido para efectuarle la nivelación al actor.

Destacó que la prima en mención tuvo vigencia prolongada pero determinada, tal como se contempló en los decretos que ampararon la prima de actualización; esto es, que su obligatoriedad fue hasta el 31 de diciembre de 1995, desapareciendo la obligatoriedad y su ejecutoriedad.

Manifestó que la prima de actualización decayó con el establecimiento de la escala salarial porcentual de tal manera que mal podría predicarse que la base a 31 de diciembre de 1995, con la inclusión de dicho emolumento hasta ese año, sería la base para reajustar del año 1996 en adelante, puesto que ella solo tenía vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 1995.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 18 de abril de 2018 (fs. 84 a 86), negó las súplicas de la demanda al considerar que no hay duda que existe unificación jurisprudencial por parte de esta Jurisdicción Contenciosa Administrativo en el sentido de indicar que en principio la partida de actualización no tenía carácter de temporal, el precedente o la línea judicial contenciosa se consolidó y se reiteró en el sentido de que esta tenía un carácter temporal y que desapareció cuando se expidió la nueva escala salarial porcentual de que habla el Decreto 107, aduciendo que esa postura se encuentra desde fallos del 8 de mayo de 2008 en adelante.

Manifestó que es ineludible que las asignaciones de retiro, de conformidad con el artículo 48 Constitucional se reconocen liquidan y pagan con base en el régimen salarial que devenga en este caso el miembro activo de la policía, que como no está acreditado que el actor haya devengado en el último año la prima de actualización ni después de 1996, es evidente que no hizo cotizaciones por ese factor.

Afirmó que la prima de actualización desapareció, aunque tácitamente está incorporado en la escala gradual porcentual que se expidió con el Decreto 107 de 1996, la prueba de ello y la carga la tiene la activa y no la pasiva, en el sentido de que no es cierto que el hecho de que la prima de actualización haya desaparecido del salario del actor entre 1993 y 1995, al contrario subió aún más.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante anunció que interpondría recurso de apelación dentro del término legal, recurso que fue presentado el 23 de abril de 2018 (fs. 89 a 98), al respecto precisó que el *a quo* no solicitó a la Policía Nacional las nóminas desde 1996 a 2012, en las que se puede observar que no se incorporó la prima de actualización como factor salarial, dando por hecho que dicha prima estaba incorporada, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 107 de 1996.

Advierte que solicita que se liquide el salario y se indexe al valor real que hoy debería tener la asignación de retiro, aplicando la nivelación salarial que indica que el porcentaje de nivelación de ese año debe incorporar a la asignación de retiro, desde 1992 a 1995.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido por auto del 21 de mayo de 2018 (f. 100) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 23 de noviembre de 2018 (f. 107), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 5 de febrero de 2019 (f. 109), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante.

**Parte demandante** (f. 110) Reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al señor José Edgar Cepeda Ayala le asiste razón de solicitar el reconocimiento de la prima de actualización y su correspondiente reajuste en la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1992, sumándole al sueldo de actividad de ese año los porcentajes que le fueron reconocidos como prima de actualización por los años 1992 a 1995, en tanto considera que tales incrementos afectaron la base de liquidación hacia el futuro.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto la prima de actualización tuvo un carácter temporal desde el año 1993 al año 1995, y a partir del 1 de enero de 1996 entró en vigencia la escala gradual porcentual para el personal activo y retirado de la Fuerza Pública, cumpliendo lo establecido en la Ley 4 de 1992.

**Marco Jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Con base en las facultades otorgadas por el artículo 215 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto Legislativo 333 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 335 de 1992 mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para, entre otros, los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares.

El artículo 15 del decreto creó una prima de actualización en los siguientes términos:

*«ARTÍCULO 15. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

*y de la Policía Nacional, en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización, en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica así: ...*

*PARÁGRAFO. La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia **hasta cuando se establezca una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para el reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales**».*

Posteriormente, la Ley 4 de 1992 ordenó una nivelación salarial para el personal activo y retirado de la Fuerza Pública, disponiendo:

*«ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2o.*

*PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996».*

En desarrollo de esta disposición y de las demás normas generales de la Ley 4ª de 1992, se expidieron los Decretos 25 de 1993<sup>2</sup>, 65 de 1994<sup>3</sup> y 133 de 1995<sup>4</sup>, en cuyos artículos 28, de los dos primeros y 29 del tercero, se reprodujo el contenido del artículo 15 del Decreto 335 de 1992, por medio del cual se estableció el pago mensual de una prima de actualización para oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, quienes tendrían derecho a que la misma les fuera computada para el reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones<sup>5</sup>.

Finalmente, mediante el Decreto 107 del 15 de enero de 1996, el Gobierno estableció la escala gradual porcentual para la remuneración del personal de las Fuerzas Militares y de la

---

<sup>2</sup> El párrafo del artículo 28 del Decreto número 25 de 1993, estableció: "La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales".

<sup>3</sup> El párrafo del artículo 28 del Decreto número 65 de 1994, señaló: "La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales".

<sup>4</sup> El párrafo del artículo 29 del Decreto número 133 de 1995, es del siguiente tenor: "La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales".

<sup>5</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicado: 11001-03-06-000-2010-00080-00(2019).

Policía Nacional a que se refería el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, terminando por consiguiente, la vigencia de la prima de actualización.

En las sentencias del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” contenidas en el párrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, bajo las siguientes consideraciones:

*«En el artículo 13 de esta ley marco [4ª de 1992], el legislador preceptúa, como se vio, que el gobierno nacional establecería una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de dicha Fuerza, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2o. de la misma.*

*Los decretos acusados -25 de 1993 y 65 de 1994 [133 de 1995]- se expidieron en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992, que por tener el carácter de ley marco, contiene los principios, pautas, directrices, políticas y criterios que deben dirigir la acción del ejecutivo en este específico campo de su gestión - regulación de salarios y prestaciones sociales -, y los linderos que deben enmarcar la misma, sin que le sea permitido al gobierno nacional, al desarrollar la materia que constituye el objeto de la ley, desbordar tales linderos, que son precisamente los que configuran el marco dentro del cual deben dictarse los reglamentos cuya expedición le confió el legislativo.*

*Así las cosas, se tiene que si el legislativo en la ley 4a. de 1992, previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, no le es dable al Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial y prestacional de dicho personal, consagrar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación de las asignaciones de retiro, que conlleven a resultados diferenciales en el quantum de esta prestación para un grupo determinado de los miembros de la Fuerza Pública, como acontece si a quienes la devengan, el valor de la prima de actualización se les computa al liquidárseles su asignación de retiro, y no se hace lo mismo respecto del personal ya retirado.*

*De ahí que al excluir al personal retirado de la Fuerza Pública del cómputo del valor de la prima de actualización para la asignación de retiro, no solo se desconoce el criterio de nivelación entre las remuneraciones del personal activo y retirado de dicha fuerza, sino que se permite que, a partir de la vigencia de dichos decretos y mientras subsista la prima de actualización, se presenten diferencias entre lo que perciban, como asignación de retiro, oficiales y suboficiales del mismo grado, ya que el valor de la asignación de aquellos que devenguen la prima de actualización y que luego se retiren durante la vigencia de ésta, será superior a la que perciben quienes se encuentran retirados del servicio activo desde antes de la consagración de tal prima».<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 9923, Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, y expediente No. 1423, Magistrada Ponente: Clara Forero de Castro.

Con estas decisiones se reconoció el derecho del personal retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a reclamar el reconocimiento y pago de la prima de actualización.

De esta manera el reconocimiento, inclusión y pago en la asignación de retiro para las vigencias fiscales de 1996 y años posteriores no sería viable, de conformidad con el carácter temporal de la prima de actualización, sobre todo porque los valores reconocidos en entre 1993 y 1995 como prima de actualización fueron incluidos en la asignación de 1996, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>7</sup>:

*«[...] a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados, por ello, no es necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida.*

*En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre de 2001 en el proceso No. 25000-23-25-99-3548-01(1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995 y que en tal virtud, **su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996.***

*Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, **si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional**, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, las cuales, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad».*

Ahora bien, respecto a la posibilidad con que cuentan los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública para solicitar, ante esta Jurisdicción, la inclusión de la prima de actualización en sus asignaciones en servicio activo o de retiro, observa esta Sala que la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia S-746 del 3 de diciembre de 2002, C.P. Doctor Camilo Arciniegas Andrade, precisó que es a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sentencia del 21 de agosto de 2008, Sección Segunda Subsección B, radicado No. 13001-23-31-000-2003-00725-01 (1589-07), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

y 6 de noviembre de 1997, esto es, a partir del 24 de noviembre de 1997, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la Fuerza Pública en retiro y, en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en el Decreto 1213 de 1990, tenía hasta el 24 de noviembre de 2001 para reclamar el reconocimiento de dicha prima.

Lo anterior se sustenta en sentencia expedida por el H. Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B” del 20 agosto de 2009, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve (Exp: 2095-2008), en la que expuso que:

*«[...] La prima de actualización se hizo exigible desde el momento en que esta Corporación declaró la nulidad de las expresiones “que la devenguen en servicio activo” y “reconocimiento de”, mediante sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, respectivamente, cuya ejecutoria tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Es a partir de dicha fecha que quien se creyera con derecho a percibirla debía reclamar ante la administración su reconocimiento y pago, hasta el vencimiento de los 4 años, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2001 [...]».*

**Acervo probatorio.-** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Derecho de petición del 2 de marzo de 2017, mediante el cual el señor José Edgar Cepeda Ayala solicitó a Casur, el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta la inclusión de la prima de actualización en la base prestacional, para realizar la nivelación salarial (fs. 2 a 15).

b) Resolución 7577 del 9 de septiembre de 2013, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en la que se observa que al señor coronel de la Policía Nacional, le reconocieron asignación de retiro en cuantía del 95% del sueldo de actividad (fs. 16 y 17).

c) Oficio ID 210999 del 27 de marzo de 2017, con el que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), negó el reajuste solicitado por el actor (fs. 18 y 18 vto).

d) Certificado emitido por Casur, en el que se observa que la última unidad en la que el actor laboró fue en Comisiones Varias Subdirección (Sudir), ubicada en la ciudad de Bogotá (f. 20).

e) Acta y constancia de la audiencia de conciliación extrajudicial en las que se observa que la misma se llevó a cabo entre las partes de este proceso el 5 de septiembre de 2017,

declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio (fs. 21 y 22).

h) Copia del expediente administrativo (fs. 68 A).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad del Oficio ID 210999 del 27 de marzo de 2017, a través del cual se le negó el cómputo de la prima de actualización en la base prestacional, para el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo a la nivelación salarial.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto referido, se condene a la parte accionada a reliquidar la asignación mensual de retiro que viene percibiendo, teniendo en cuenta para ello la inclusión de la prima de actualización correspondiente a los años 1992 a 1995, conforme a la variación experimentada por el reajuste de la asignación mensual, esto es, al incluirse en su base la prima de actualización, conforme a la Ley 4 de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

El 18 de abril de 2018 el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no le asiste derecho al demandante por cuanto la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de liquidar la asignación básica o de retiro, dado su carácter temporal.

Así las cosas, la parte accionante en sede de impugnación discutió que se debe reajustar la asignación de retiro, efectuando la nivelación de la base salarial de acuerdo con lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, teniendo en cuenta la prima de actualización para determinar la base salarial establecida entre los años 1992 a 1995.

Ahora bien, lo primero que ha de advertirse es que la liquidación de la asignación de retiro solicitada por el demandante, esto es con la inclusión de lo devengado por concepto de prima de actualización no es procedente, por cuanto la causación de la misma tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1995, en tanto, que a partir del 1 de enero de 1996 entró en vigencia la escala gradual porcentual que niveló las asignaciones del personal activo y retirado de la

Fuerza Pública, con lo que se cumplió la condición resolutoria establecida en la Ley 4 de 1992.

Así las cosas, la prima de actualización no puede reconocerse como factor salarial para el cómputo de la asignación de retiro del señor Cepeda Ayala, por cuanto dicha prima tuvo un carácter temporal desde el año 1993 al año 1995 (para personal retirado), situación que sería diferente si los valores reconocidos por ése concepto se hubieran incorporado a las asignaciones fijadas para el año 1996 para efectos de la nivelación dispuesta en la escala salarial porcentual.

Al respecto, en sentencia T-737 del veinticinco (25) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, se estudió la prima de actualización como partida computable en la asignación de retiro en el siguiente sentido:

*«4.3. Aclarado lo anterior, importa señalar que el debate siguiente centró su análisis sobre el reconocimiento, inclusión y pago de la prima de actualización como factor salarial computable para la asignación de retiro, para las vigencias fiscales de 1996 y los años posteriores. Ese punto ha sido abordado en múltiples oportunidades por el Consejo de Estado. Por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda B, en sentencia del 21 de agosto de 2008, proferida dentro del radicado No. 13001-23-31-000-2003-00725-01 (1589-07), Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, indicó concretamente frente al tema de los reajustes a las asignaciones de retiro a partir de 1996, lo siguiente:*

*“De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados, por ello, no es necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida.*

*En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre de 2001 en el proceso No. 25000-23-25-99-3548-01(1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995 y que en tal virtud, su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996.*

*Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales, en ese*

*orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, las cuales, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad».*

La prima de actualización estuvo desde un inició condicionada a la escala salarial porcentual que nivelara en forma definitiva dichas asignaciones, por lo que se tiene que desde el 1 de enero de 1996 no hay lugar a reconocer valores nominales por concepto de prima de actualización, como factor de cómputo dentro de la base de liquidación de la asignación de retiro.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia.

**De la condena en costas.** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B», administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

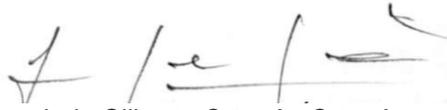
**Primero: Confirmar** la sentencia del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida en audiencia inicial por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso instaurado por el señor José Edgar Cepeda Ayala contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), por las razones expuestas.

**Segundo:** Sin condena en costas, de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-048-2017-00367-01  
Demandante : **Roberto Gómez Lecompte**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste asignación de retiro (prima de actualización)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 2 de agosto de 2018, por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**Medio de control** (fs. 31 a 56). El señor Roberto Gómez Lecompte a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), para que se declare la nulidad del Oficio consecutivo 2016-35487 del 26 de mayo de 2016, a través del cual se le negó el cómputo de la prima de actualización en la base prestacional, para el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo a la nivelación salarial.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a Cremil i) la reliquidación y el correspondiente reajuste a la asignación de retiro incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la referida prima sobre el sueldo básico de conformidad con la Ley 4 de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993 y 133 de 1995 a partir del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1995; ii) se ordene que los reajustes anuales a partir del 1 de enero de 1996, se liquiden teniendo en

cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la prima de actualización; iii) que a partir del año 1997 y hasta el 2004, se continúe el reajuste y reliquidación de la base salarial de la asignación de retiro con los porcentajes correspondientes al IPC, teniendo en cuenta la base salarial con la inclusión de la prima de actualización antes mencionada; iv) atendiendo a las primeras pretensiones, solicitó se continúe el reajuste en los años 2005 y 2006; v) que se realice el reajuste de la asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007 hasta el 2017, teniendo en cuenta la base salarial con las variaciones que haya tenido hasta dicho periodo; y vi) se efectuó el respectivo ajuste e indexación, con los intereses correspondientes hasta la fecha del pago total.

**Fundamentos fácticos.** El demandante relató como soporte del presente medio lo siguiente:

Prestó sus servicios como oficial de la Armada Nacional hasta el 1° de junio de 1976.

Le fue reconocida la asignación de retiro por parte de Cremil mediante la Resolución 0276 del 12 de marzo de 1976.

La prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, los derechos creados con la misma son permanentes y no se extinguen.

Al no haberse computado la prima de actualización en la asignación básica tampoco se realizó el reajuste correspondiente a dicha asignación desde el 1 de enero de 1992.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1, 2, 4, 13, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; 1, 2 y 13 Ley 4ª de 1992; 15 del Decreto 335 de 1992; 28 del Decreto 25 de 1993; 28 del Decreto 65 de 1994; 29 del Decreto 133 de 1995 y 169 del Decreto 1211 de 1990.

Señaló que con la negativa de la demandada a la petición del actor con relación al reajuste de la asignación de retiro en lo que se refiere a la prima de actualización, se están

quebrantando normas de carácter constitucional y legal, toda vez que no es justificable la incorrecta interpretación de la ley.

Adujo que Cremil tuvo en cuenta únicamente la solicitud respecto a la prima de actualización, pero no tuvo en cuenta la petición de la nivelación de la base salarial entre 1992 y 1995, siendo esa solicitud la parte esencial de la demanda de conformidad con lo establecido en la Ley 4ª de 1992.

Agregó que la demandada infiere que la reconoció y canceló el IPC, otra gran equivocación, comoquiera que aduce que se estaba solicitando el reajuste de la base salarial, esto es, la nivelación salarial.

Manifiesta que a pesar de tratarse de una prima de carácter temporal, Cremil afirmó que estos valores fueron reconocidos y cancelados a favor del actor como prima de actualización, y nunca se cumplió con la nivelación ordenada, convirtiéndose en un desconocimiento de la normatividad citada como vulnerada, haciendo tránsito a cosa juzgada.

Advirtió que en el anterior reconocimiento no estaba incluido el reajuste de la base salarial o nivelación salarial.

**Contestación de la demanda.** (fs. 63 a 75). La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) afirmó que la prima de actualización tuvo un carácter absolutamente temporal, desapareciendo en el momento en que se alcanzó la nivelación salarial, esto es, cuando se incorporó al sueldo básico el último de los porcentajes de la prima de actualización contenido en el Decreto 133 de 1995 y se alcanzó la escala gradual porcentual con el Decreto 107 de 1996.

Destacó que frente al reajuste de la asignación de retiro a partir del 1° de enero de 1996, el pago de la asignación de retiro del demandante se hizo con fundamento en el sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 107 de 1996, a través del cual se logró la nivelación de la escala salarial porcentual.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 2 de agosto de 2018 (fs. 163 a 174), negó las súplicas de la demanda al considerar que el accionante no tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro en los términos pedidos en la demanda, esto es, pretendiendo que para su nivelación salarial se debía tener en cuenta la base prestacional con la inclusión de la prima de actualización; comoquiera que el reconocimiento y pago de dicha prima durante el término de su vigencia, no modifica la base pensional y, por ende, no se computa para tales efectos como factor de liquidación dado su carácter temporal.

Agregó que no resulta viable jurídicamente acoger lo pretendido en la demanda, por cuanto al actor no le asiste el derecho a la reliquidación de su asignación mensual de retiro con base en ningún tipo de nivelación y, por ende, tampoco existe diferencia que deba reajustarse con fundamento en la escala gradual porcentual, IPC y prima de actualización.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante anunció que interpondría recurso de apelación dentro del término legal, recurso que fue presentado el 17 de agosto de 2018 (fs. 176 a 193), al respecto precisó que con la sentencia se desconoció el derecho que aduce que el señor Roberto Gómez tiene para que se efectuara la nivelación de la base salarial de acuerdo con lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992.

Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordene a Cremil efectuar el reajuste de la base salarial del salario básico de la asignación de retiro del demandante entre los años 1992 a 1995 conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992.

## **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido por auto del 11 de septiembre de 2018 (f. 194) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 16 de noviembre de 2018 (f. 198), en

el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 6 de mayo de 2019 (f. 200), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante.

**Parte demandante** (fs. 202 a 223) Reiteró lo dispuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste razón al señor Roberto Gómez Lecompte al reconocimiento de la prima de actualización y su correspondiente reajuste en la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1992, sumándole al sueldo de actividad de ese año los porcentajes que le fueron reconocidos como prima de actualización por los años 1992 a 1995, en tanto considera que tales incrementos afectaron la base de liquidación hacia el futuro.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto la prima de actualización tuvo un carácter temporal desde el año 1993 al año 1995, y a partir del 1 de enero de 1996 entró en vigencia la escala gradual porcentual para el personal activo y retirado de la Fuerza Pública, cumpliendo lo establecido en la Ley 4 de 1992.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Marco Jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Con base en las facultades otorgadas por el artículo 215 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto Legislativo 333 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 335 de 1992 mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para, entre otros, los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares.

El artículo 15 del decreto creó una prima de actualización en los siguientes términos:

*«ARTÍCULO 15. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización, en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica así: ...*

*PARÁGRAFO. La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia **hasta cuando se establezca una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para el reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales**».*

Posteriormente, la Ley 4 de 1992 ordenó una nivelación salarial para el personal activo y retirado de la Fuerza Pública, disponiendo:

*«ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2o.*

*PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996».*

En desarrollo de esta disposición y de las demás normas generales de la Ley 4ª de 1992, se expidieron los Decretos 25 de 1993<sup>2</sup>, 65 de 1994<sup>3</sup> y 133 de 1995<sup>4</sup>, en cuyos artículos 28, de los dos primeros y 29 del tercero, se reprodujo el contenido del artículo 15 del Decreto 335 de 1992, por medio del cual se estableció el pago mensual de una prima de actualización para oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, quienes tendrían derecho a que la misma les fuera computada para el reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones<sup>5</sup>.

Finalmente, mediante el Decreto 107 del 15 de enero de 1996, el Gobierno estableció la escala gradual porcentual para la remuneración del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a que se refería el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, terminando por consiguiente, la vigencia de la prima de actualización.

En las sentencias del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” contenidas en el párrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, bajo las siguientes consideraciones:

*«En el artículo 13 de esta ley marco [4ª de 1992], el legislador preceptúa, como se vio, que el gobierno nacional establecería una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de dicha Fuerza, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2o. de la misma.*

*Los decretos acusados -25 de 1993 y 65 de 1994 [133 de 1995]- se expidieron en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992, que por tener el carácter de ley marco, contiene los principios, pautas, directrices, políticas y criterios que deben dirigir la acción del ejecutivo en este específico campo de su gestión - regulación de salarios y prestaciones sociales - , y los linderos que deben enmarcar la misma, sin que le sea permitido al gobierno nacional, al desarrollar la materia que constituye el objeto de la ley, desbordar tales linderos, que son precisamente los que configuran el marco dentro del cual deben dictarse los reglamentos cuya expedición le confió el legislativo.*

<sup>2</sup> El párrafo del artículo 28 del Decreto número 25 de 1993, estableció: “La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales”.

<sup>3</sup> El párrafo del artículo 28 del Decreto número 65 de 1994, señaló: “La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales”.

<sup>4</sup> El párrafo del artículo 29 del Decreto número 133 de 1995, es del siguiente tenor: “La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales”.

<sup>5</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicado: 11001-03-06-000-2010-00080-00(2019).

*Así las cosas, se tiene que si el legislativo en la ley 4a. de 1992, previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, no le es dable al Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial y prestacional de dicho personal, consagrar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación de las asignaciones de retiro, que conlleven a resultados diferenciales en el quantum de esta prestación para un grupo determinado de los miembros de la Fuerza Pública, como acontece si a quienes la devengan, el valor de la prima de actualización se les computa al liquidárseles su asignación de retiro, y no se hace lo mismo respecto del personal ya retirado.*

*De ahí que al excluir al personal retirado de la Fuerza Pública del cómputo del valor de la prima de actualización para la asignación de retiro, no solo se desconoce el criterio de nivelación entre las remuneraciones del personal activo y retirado de dicha fuerza, sino que se permite que, a partir de la vigencia de dichos decretos y mientras subsista la prima de actualización, se presenten diferencias entre lo que perciban, como asignación de retiro, oficiales y suboficiales del mismo grado, ya que el valor de la asignación de aquellos que devenguen la prima de actualización y que luego se retiren durante la vigencia de ésta, será superior a la que perciben quienes se encuentran retirados del servicio activo desde antes de la consagración de tal prima».<sup>6</sup>*

Con estas decisiones se reconoció el derecho del personal retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a reclamar el reconocimiento y pago de la prima de actualización.

De esta manera el reconocimiento, inclusión y pago en la asignación de retiro para las vigencias fiscales de 1996 y años posteriores no sería viable, de conformidad con el carácter temporal de la prima de actualización, sobre todo porque los valores reconocidos en entre 1993 y 1995 como prima de actualización fueron incluidos en la asignación de 1996, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>7</sup>:

*«[...] a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, **los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y**, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados, por ello, no es necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida.*

*En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre de 2001 en el proceso No. 25000-23-25-99-3548-01(1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995 y que en tal virtud, **su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996.***

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 9923, Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, y expediente No. 1423, Magistrada Ponente: Clara Forero de Castro.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sentencia del 21 de agosto de 2008, Sección Segunda Subsección B, radicado No. 13001-23-31-000-2003-00725-01 (1589-07), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, **si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional**, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, las cuales, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad».*

Ahora bien, respecto a la posibilidad con que cuentan los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública para solicitar, ante esta Jurisdicción, la inclusión de la prima de actualización en sus asignaciones en servicio activo o de retiro, observa esta Sala que la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia S-746 del 3 de diciembre de 2002, C.P. Doctor Camilo Arciniegas Andrade, precisó que es a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, esto es, a partir del 24 de noviembre de 1997, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la Fuerza Pública en retiro y, en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en el Decreto 1213 de 1990, tenía hasta el 24 de noviembre de 2001 para reclamar el reconocimiento de dicha prima.

Lo anterior se sustenta en sentencia expedida por el H. Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B” del 20 agosto de 2009, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve (Exp: 2095-2008), en la que expuso que:

*«[...] La prima de actualización se hizo exigible desde el momento en que esta Corporación declaró la nulidad de las expresiones “que la devenguen en servicio activo” y “reconocimiento de”, mediante sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, respectivamente, cuya ejecutoria tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Es a partir de dicha fecha que quien se creyera con derecho a percibirla debía reclamar ante la administración su reconocimiento y pago, hasta el vencimiento de los 4 años, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2001 [...]».*

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

- a) Derecho de petición del 6 de mayo de 2016, mediante el cual el señor Roberto Gómez

solicitó a Cremil, el reajuste de sus asignación de retiro , teniendo en cuenta la inclusión de la prima de actualización en la base prestacional, para realizar la nivelación salarial (fs. 3 a 11).

b) Oficio con consecutivo 2016-35487 del 26 de mayo de 2016, con el que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), negó el reajuste solicitado por el actor (fs. 12 y 13).

c) Resolución 2335 del 13 de agosto de 2001, a través del cual Cremil en cumplimiento a una sentencia proferida por esta Corporación reconoce y ordena el pago de la prima de actualización, esto desde el 1 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1995 (fs. 14 a 15 vto).

d) Certificado emitido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la que se observa que los factores devengados por el señor Roberto Gómez Lecompte entre enero de 1992 a mayo de 2016 fueron sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de estado mayor y 1/12 prima de navidad (fs. 16 a 23).

e) Resolución 0276 del 12 de marzo de 1976, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la que se observa que al señor capitán de fragata de la Armada, le reconocieron asignación de retiro en cuantía del 85% del sueldo de actividad (fs. 24 y 25).

f) Certificado expedido por Cremil en la que se indica que la última unidad en la que laboró el actor fue en el Comando de la Armada Nacional en Bogotá (f. 26).

g) Acta y constancia de la audiencia de conciliación extrajudicial en las que se observa que la misma se llevó a cabo el 21 de octubre de 2016, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio (fs. 27 a 30).

h) Copia del expediente administrativo (fs. 85 a 118).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad del Oficio con consecutivo 2016-35487 del 26 de mayo de 2016, a través del cual se le negó el cómputo de la prima de actualización en la base

prestacional, para el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo a la nivelación salarial.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto referido, se condene a la parte accionada a reliquidar la asignación mensual de retiro que viene percibiendo, teniendo en cuenta para ello la inclusión de la prima de actualización correspondiente a los años 1992 a 1995, conforme la variación experimentada por el reajuste de la asignación mensual, esto es, al incluirse en su base la prima de actualización, conforme a la Ley 4 de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

El 2 de agosto de 2018 el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no le asiste derecho al demandante por cuanto la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de liquidar la asignación básica o de retiro, dado su carácter temporal.

Así las cosas, la parte accionante en sede de impugnación discutió que se debe reajustar la asignación de retiro, efectuando la nivelación de la base salarial de acuerdo con lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, teniendo en cuenta la prima de actualización para determinar la base salarial establecida entre los años 1992 a 1995.

Ahora bien, lo primero que ha de advertirse es que la liquidación de la asignación de retiro solicitada por el demandante, esto es con la inclusión de lo devengado por concepto de prima de actualización no es procedente, por cuanto la causación de la misma tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1995, en tanto, que a partir del 1 de enero de 1996 entró en vigencia la escala gradual porcentual que niveló las asignaciones del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, con lo que se cumplió la condición resolutoria establecida en la Ley 4 de 1992.

Así las cosas, la prima de actualización no puede reconocerse como factor salarial para el cómputo de la asignación de retiro del señor Gómez Lecompte, por cuanto dicha prima tuvo un carácter temporal desde el año 1993 al año 1995 (para personal retirado), situación que sería diferente si los valores reconocidos por ése concepto se hubieran incorporado a las asignaciones fijadas para el año 1996 para efectos de la nivelación dispuesta en la escala salarial porcentual.

Al respecto, en sentencia T-737 del veinticinco (25) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, se estudió la prima de actualización como partida computable en la asignación de retiro en el siguiente sentido:

*«4.3. Aclarado lo anterior, importa señalar que el debate siguiente centró su análisis sobre el reconocimiento, inclusión y pago de la prima de actualización como factor salarial computable para la asignación de retiro, para las vigencias fiscales de 1996 y los años posteriores. Ese punto ha sido abordado en múltiples oportunidades por el Consejo de Estado. Por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda B, en sentencia del 21 de agosto de 2008, proferida dentro del radicado No. 13001-23-31-000-2003-00725-01 (1589-07), Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, indicó concretamente frente al tema de los reajustes a las asignaciones de retiro a partir de 1996, lo siguiente:*

*“De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados, por ello, no es necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida.*

*En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre de 2001 en el proceso No. 25000-23-25-99-3548-01(1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995 y que en tal virtud, su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996.*

*Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, las cuales, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad».*

La prima de actualización estuvo desde un inició condicionada a la escala salarial porcentual que nivelara en forma definitiva dichas asignaciones, por lo que se tiene que desde el 1 de enero de 1996 no hay lugar a reconocer valores nominales por concepto de prima de

actualización, como factor de cómputo dentro de la base de liquidación de la asignación de retiro.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia.

**De la condena en costas.** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B», administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

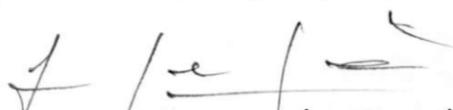
**Primero: Confirmar** la sentencia del dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida en audiencia inicial por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso instaurado por el señor Roberto Gómez Lecompte contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), por las razones expuestas.

**Segundo:** Sin condena en costas, de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-030-2018-00016-01  
Demandante : **Blanca Nini Villalba de Beltrán**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A.  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Descuentos por salud en pensión de jubilación docente

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 16 de agosto de 2018, por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**Medio de control** (fs. 17 a 25 vto). La señora Blanca Nini Villalba de Beltrán a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., para que se declare la nulidad del Oficio 20170160984261 del 15 de agosto de 2017, a través del cual se le negó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Fiduciaria la Previsora i) reintegrar todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre desde la adquisición del status jurídico de pensionado hasta la fecha y suspender los descuentos en mención; ii) sobre las diferencias adeudadas se pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor

conforme al artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 188, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y iv) pagar las costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** La demandante relató como soporte del presente medio lo siguiente:

Mediante Resolución 00636 del 28 de abril de 1998 le fue reconocida pensión de jubilación.

La Fiduprevisora S.A. asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina la accionada ha venido descontando el 12% para salud de la mesada de diciembre.

La Fiduciaria la previsora S.A., efectúa descuentos en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24% sobrepasando lo dispuesto por la ley.

En petición del 10 de abril de 2017, solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

La anterior petición fue resuelta de manera negativa a través del Oficio 20170160984261 del 15 de agosto de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política de Colombia; 10 del Código Civil; Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Ley 6 de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 91 de 1989; 81 de la Ley 812 de 2003.

Señaló que la Fiduprevisora S.A. abusó de su competencia discrecional al descontar el 12% dirigido a su salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Adujo que con el acto administrativo demandado se transgreden normas de orden superior, al desestimar de plano y sin fundamento constitucional el deber de reintegrar los descuentos del 12% efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre del accionante.

**Contestación de la demanda.** (f. 46). Las entidades accionadas no contestaron la demanda.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 16 de agosto de 2018 (fs. 51A a 53), accedió a las súplicas de la demanda al considerar que no comparte el criterio de descontar el 12% de cada una de las mesadas adicionales, comoquiera que de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo del Decreto 1833 de 2016 y Decreto 1073 de 2002, este descuento no es permitido.

Declaró la nulidad de los actos acusados, ordenando la suspensión de los descuentos realizados sobre las mesadas devengadas por la demandante y la devolución de lo descontado, realizando la indexación correspondiente.

Decretó la prescripción trienal de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación a partir del 10 de abril de 2014, toda vez que la petición de la suspensión del descuento en salud de las mesadas adicionales fue presentada el 10 de abril de 2017. Condenó en costas a la demandada.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en escrito del 31 de agosto de 2018 (fs. 56 a 59), al respecto precisó que el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, establece que los descuentos por concepto de salud se realizan tanto sobre las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre.

De la misma manera, indicó que la Ley 812 de 2003, modificó el concepto de aportes para el personal afiliado a Fompremag, indicando que el valor total de cotización corresponderá a

la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, en un porcentaje del 12%.

Destacó que de acuerdo a lo anterior, y dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y lo previsto en la Ley 91 de 1989, el descuento con destino a la salud es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado.

Aseguró que no le asiste razón a la parte actora a la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable, esto es, que no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Adicionalmente, indicó que no está de acuerdo con la condena en costas impuesta a su cargo.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en audiencia de conciliación llevada a cabo el 4 de octubre de 2018 (f. 64) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 16 de noviembre de 2018 (f. 68), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 24 de mayo de 2019 (f. 74), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que transcurrió en silencio.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Blanca Nini Villalba de Beltrán le asiste derecho o no para reclamar de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., la devolución de los descuentos por salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como la suspensión de dichos descuentos.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Marco Jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes; no obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que dispone:

*«ARTÍCULO 279. Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de (. . .). Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]»*  
(Resalta y subraya la Sala).

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 3° la suscripción de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo texto dispone:

*«Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional».*

Para tal efecto, dicho contrato se celebró con la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta<sup>2</sup> de carácter indirecto y del orden nacional. Sobre la naturaleza de la mencionada entidad fiduciaria la honorable Corte Constitucional, mediante C-783 de 13 de octubre de 1993, enseña:

«[...]

*En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 1984<sup>3</sup> y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>4</sup>, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.*

[...]

---

<sup>2</sup> Art. 464 del Código del Comercio.- Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%.) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.

<sup>3</sup> «Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento», dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13, numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

<sup>4</sup> «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

*Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

[...]

*Como objeto de la sociedad figura ‘...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicione o reglamenten a las anteriores.’ (Estatutos Sociales, art. 5o.).*

*El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al ‘a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.’.*

*Ese mismo artículo 6o. de los Estatutos Sociales, le permite ‘... realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social..’. (Subraya la Sala).*

*Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, **le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.***

[...]».

Por otro lado, en cuanto a quién debe comparecer en juicio en los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 23 de mayo de 2002, radicado 1423, consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, precisó:

«[...]

*La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80*

de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num. 5º inc. 7<sup>5</sup>), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales (artículo 41, parágrafo 2º inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.

Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.

Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual “manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado». Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.

Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.

En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

---

<sup>5</sup> «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley».

*El artículo 1234 del código citado estatuye que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:.... 4 Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

*De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón<sup>6</sup>, que “los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente - oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos “derechos reconocidos por la ley sustancial.*

[...]

### **1.3. El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.**

*La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

*El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

*El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.*

*La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega. “El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales”.*

*De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el párrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las*

---

<sup>6</sup> Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42.

*primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.*

*En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

*Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.*

[...]».

De conformidad con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá actuar en los procesos en los que se solicite el reconocimiento de derechos pensionales, mientras que la Fiduciaria La Previsora SA ejercerá la representación de dicha entidad en los asuntos relacionados con el pago de beneficios ya adquiridos.

Precisado lo anterior, los artículos 50<sup>7</sup> y 142<sup>8</sup> de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, discurrió así:

*«En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.*

<sup>7</sup> «MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión».

<sup>8</sup> «MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1998~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~ PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual" (las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994).

*El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.*

*Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.*

*Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales».*

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>9</sup>, 732 de 1976<sup>10</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

<sup>9</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2°:

«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento e éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».

**PARÁGRAFO.** Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».

<sup>10</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.

2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria...».

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negrillas fuera de texto).*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>11</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización [...]»<sup>12</sup>.*

---

<sup>11</sup> La Ley 1122 de 2007, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

<sup>12</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley».*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

[...]

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

***Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales»*** (negritas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>13</sup>, preceptúa:

***«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.***

[...]

---

<sup>13</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>14</sup>.*

En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Resolución 000636 de 28 de abril de 1998, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación en calidad de docente a la señora Blanca Nini Villalba de Beltrán, a partir del 23 de noviembre de 1997 (fs. 2 y 3).

b) Derecho de petición del 10 de abril de 2017, en la que la demandante solicitó la suspensión y devolución de los descuentos de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre (fs. 4 a 6).

c) Oficio 20170160984261 del 15 de agosto de 2017, a través del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resuelve negativamente la solicitud antes mencionada (fs. 7 y 7 vto).

d) Oficio 20170161568591 del 12 de diciembre de 2017, por medio del cual la Fiduprevisora S.A. niega la petición de devolución de los dineros descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales (fs. 8 y 9).

e) Extracto de pagos desde el 23 de noviembre de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2017 de la señora Blanca Nini Villalba de Beltrán, en el que constan los descuentos de mesadas adicionales (fs. 10 a 14).

f) Resolución 002904 de 28 de diciembre de 2001, por medio del cual el Departamento de Cundinamarca acepta renuncia de la demandante al cargo de docente a partir del 31 de diciembre de 2001 (f. 15).

g) Copia cédula de ciudadanía de la señora Blanca Nini Villalba de Beltrán, en la que consta que nació el 22 de noviembre de 1947 (f. 16).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad del Oficio 20170160984261 del 15 de agosto de 2017, que negó la suspensión y devolución de los valores descontados en las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto referido, se condene a la parte accionada a suspender los descuentos y devolver los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales en su pensión de jubilación.

El 16 de agosto de 2018 el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que le asiste derecho a la demandante a que se ordene la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y la devolución de los descuentos realizados, de conformidad con la jurisprudencia y normatividad vigente.

Así las cosas, la parte accionada en sede de impugnación discutió que el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad, expresando que los descuentos que se realizan no vulneran ningún ordenamiento legal, puesto que es la misma normativa la que autoriza dichos descuentos en las mesadas adicionales.

Ahora bien, lo primero que ha de advertirse es que a la accionante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución 000636 de 28 de abril de 1998 y que la Fiduciaria La Previsora S.A., realizó descuentos por salud, en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Así las cosas, comoquiera que se encuentra probado que la demandante recibe las mesadas adicionales de junio y diciembre, y que a estas se le efectúan descuentos por salud, resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a los citados descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio del mismo año, teniendo en cuenta que, la norma especial consagrada en el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 fue derogada tácitamente por la Ley 812 de 2003, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones consignadas.

De otra parte, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión a partir del 23 de noviembre de 1997; que la accionante presentó la solicitud de suspensión y reintegro de las mesadas adicionales de junio y diciembre en cuanto a los aportes dobles de salud el 10 de abril de 2017; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 10 de abril de 2014, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Conforme a los antecedentes expuestos, se arriba a la conclusión de que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda.

**De la condena en costas.** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>15</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...]».

En el presente asunto, no se comparte la decisión del juez de primera instancia en cuanto condenar en costas a la parte vencida, toda vez que se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, toda vez que los argumentos son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B», administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida en audiencia inicial por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso instaurado por la señora Blanca Nini Villalba de Beltrán contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., por las razones expuestas.

---

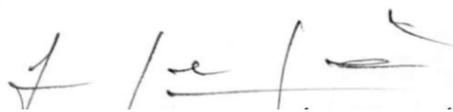
<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**Segundo:** No condenar en costas en ninguna de las dos instancias, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

PN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25899-33-33-001-2018-00160-01  
Demandante : **Gonzalo Vargas Sabogal**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 185 a 189 vto) contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 166 a 171).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** El señor Gonzalo Vargas Sabogal, a través de apoderada, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare i) la nulidad parcial de la Resolución 1457 de 9 de octubre de 2017, proferida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, por la cual se reliquidó la pensión de la actora, sin incluirle la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios ii) la nulidad de la Resolución 1041 de 7 de junio de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada (i) reconocerle y pagarle una pensión de jubilación, a partir del día en que efectuó el retiro del servicio, en el equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales acreditados; (ii) pagar las mesadas pensionales y adicionales desde la fecha de adquisición del status de pensionada, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo; (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y (iv) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

**Fundamentos fácticos.-** La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para la pensión de jubilación, laborando al servicio de la educación oficial en el Municipio de Cajicá (Cundinamarca), afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Secretaría de Educación de Cundinamarca, a través de la Resolución 739 del 30 de marzo de 2007, reconoció y ordenó el pago a su favor de una pensión de jubilación.

Se retiró del servicio docente a partir del 31 de diciembre de 2016, mediante Resolución 9428 del 19 de diciembre de 2016.

Mediante Resolución 1457 del 9 de octubre de 2017, se reliquido la pensión de jubilación teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación desestimando la prima de servicio.

El 25 de enero de 2018 presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a fin de obtener la inclusión del factor salarial dejado de incluir, el cual fue negado a través de la Resolución 1041 del 7 de junio de 2018.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte actora citó como normas violadas por el acto censurado los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; 15 numeral 1 inciso 1 y artículo 2 numeral 5 de

la Ley 91 de 1989; 7 del Decreto 2563 de 1990; 3 del Decreto Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2 de la Ley 4 de 1992; 1 del Decreto Reglamentario 1440 de 1992; 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; 4 de la Ley 4 de 1966; 5 del Decreto 1743 de 1966; 1.º párrafo 2.º de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945; 45 del Decreto 1045 de 1978 y 81 de la Ley 812 de 2003.

Para el efecto, indicó que los actos administrativos demandados agredieron ostensiblemente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, toda vez que sin justificación alguna se le dejó de incluir la totalidad de los factores salariales en la liquidación pensional de la demandante.

Precisó que es incuestionable que el implícito principio constitucional de la seguridad jurídica ha sido violado abierta y flagrantemente con la expedición de los actos administrativos demandados, negando arbitrariamente la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento y pago de la pensión, generándose una discriminación frente a los demás docentes oficiales que se les reconoció la pensión de jubilación con todos los factores salariales.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 70 a 76) La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda de manera extemporánea según constancia secretarial vista a folio 86.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá mediante sentencia del 13 de junio de 2019 (fs. 166 a 171) negó las pretensiones de la demanda al colegir que el actor fue vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que es beneficiario del régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben tener en cuenta son los efectuados en los aportes de acuerdo a los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Señaló que la lista de los factores sobre los cuales se le deben calcular los aportes a los docentes son los establecidos en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, que para el caso del actor solo se podía incluir en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, como lo

son la asignación básica y la bonificación de servicios prestados, por lo que no tiene derecho a la reliquidación de su pensión.

Concluyó que el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación las primas de vacaciones y navidad, factores que no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar derechos ya reconocidos a la parte actora, cuya pretensión va dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los ya reconocidos por la entidad.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El demandante interpuso recurso de apelación (fs. 185 a 189 vto) en el sentido de discutir, entre otras cosas, que los factores salariales percibidos por el demandante en el año inmediatamente anterior al retiro de servicio los cuales fueron la asignación básica, la prima especial, bonificación decreto, prima de vacaciones, prima de navidad y la prima de servicios, lo cual se puede constatar con el certificado de factores salariales aportado con la demanda.

Por lo anterior, aseguró que es pertinente indicar que en la liquidación de la pensión se deben incluir todas las sumas que el empleado recibe como contraprestación por sus servicios durante el último año de servicios, tal como lo dispuesto la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Por lo expuesto, solicitó revocar la decisión de primera instancia, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores percibidos en el año anterior al retiro del servicio como lo es la prima de servicio.

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 18 de julio de 2019 (f. 191) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 4 de octubre de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 20 de enero de 2020, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 199). Oportunidad que no fue aprovechada por ninguna de las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al señor Gonzalo Vargas Sabogal le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación de la cual es beneficiario, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro de servicio.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda comoquiera que la prima de servicio no se encuentra dentro de los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

[...]».

A su vez, la Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hace una distinción entre el personal docente nacional, nacionalizado y territorial de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.*

*3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

[...]

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley».*

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme con lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que ha venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

El Consejo de Estado con ponencia del magistrado Tarsicio Cáceres Toro, en sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 2002 – 0594, precisó:

*«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen ‘ordinario’, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional ‘ordinaria’ pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93’.*

[...]

*La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: 'El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley'. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen 'especial'; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula 'Régimen Especial de los Educadores Estatales', dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones 'generales' de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales».*

Dicho brevemente, la Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994, y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificatorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes*

*proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios».*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...]»*

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema

de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Cédula de ciudadanía del señor Gonzalo Vargas Sabogal, en la que se observa que nació el 6 de septiembre de 1951 (f. 2).

b) Resolución 0732 de 30 de marzo de 2007, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor del docente Gonzalo Vargas Sabogal una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.219.992, a partir del 7 de septiembre de 2005. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de la asignación básica (fs. 3 y 4 vto).

c) Resolución 1457 de 9 de octubre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca reliquido a favor del docente Gonzalo Vargas Sabogal una pensión de

jubilación, en cuantía de \$ 2.710.650, a partir del 31 de diciembre de 2016. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores denominados asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación, devengados en el último año de servicios (fs. 5 y vto).

d) Petición presentada ante Fonpremag el 25 de enero de 2018, con la cual el accionante a través de apoderado solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro de servicio y que no se tuvo en cuenta como lo es la prima de servicio (fs. 7 y 8).

e) Resolución 1041 de 7 de junio de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca negó la reliquidación solicitada (fs. 9 y 10).

f) Formato único para expedición de certificado de salarios, en el que se desprende que el señor Gonzalo Vargas Sabogal en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016 percibió los siguientes factores: asignación básica, bonificación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones (fs. 7 y 7 vto).

g) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral, en el que se observa que la demandante se vinculó como docente desde el 29 de septiembre de 1982 (fs. 12 y vto).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el demandante estuvo vinculado laboralmente como docente desde el 29 de septiembre de 1982, asimismo se demostró que el señor Gonzalo Vargas Sabogal nació el 6 de septiembre de 1951, por lo que adquirió su status jurídico de pensionado el 6 de septiembre de 2006, fecha en la que cumplió 55 años de edad y acreditaba más de 20 años de servicio.

Asimismo, se encuentra que la entidad accionada al momento de realizar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del retiro de servicio de pensionado, con inclusión de la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación, esto es, sin tener en cuenta la prima de servicio, la cual fue devengada como factor salarial, según se evidencia en el formato único para la expedición de salarios que obra a folios 11 y vto del expediente.

En ese sentido, se tiene que el demandante en su calidad de docente, con fecha de ingreso anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 29 de septiembre de 1982, se encuentra regido por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por tanto, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular del demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio, siempre que se encuentren relacionados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, tal como lo dispuso el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En consideración a lo anterior, no hay lugar a acceder a lo pretendido por la parte demandante, puesto que su inconformidad radica en que la accionada al liquidar su pensión no incluyó la prima de servicio, factor que no era objeto de inclusión por no encontrarse enlistado en la Ley 62 de 1985, ya que como quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en la citada Ley 62 y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el caso concreto, por lo que se concluye que el acto administrativo acusado continua gozando de presunción de legalidad.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

sobre el particular, se confirmará la sentencia del trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Gonzalo Vargas Sabogal en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia proferida el trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Gonzalo Vargas Sabogal en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo. - Sin condena en costas, ni agencies en derecho en las dos instancias.**

**Tercero. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.**

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-046-2018-00225-01  
Demandante : **Rubén Darío Hoyos Gómez**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión – Ley 71 de 1988 y mesada catorce

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 223 a 238) contra la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 207 a 218 vto).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 141 a 152). El señor Rubén Darío Hoyos Gómez, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que se declare la **nulidad parcial** de las Resoluciones i) GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016 y ii) DIR 10077 del 7 de julio de 2017, que reliquidaron la pensión del demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la **nulidad total** de las Resoluciones i) SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión del demandante; y ii) DIR 1635 del 24 de enero de 2018, que resolvió un recurso de apelación, confirmando la anterior resolución.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) pagar la mesada catorce desde el 1º de enero de 2017; ii) pagar los intereses moratorios con ocasión al artículo 141 de la Ley 100 de 1993; iii) reliquidar su pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en último año de servicios, por ser beneficiaria del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iv) pagar la diferencia de las mesadas pensionales efectivamente pagadas y las que arroje la nueva liquidación; v) pagar la indexación de los valores reconocidos y los intereses sobre las diferencias que arroje la nueva liquidación, con base en el IPC, y vi) cancelar las costas.

**Fundamentos fácticos.**- El demandante relató como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Cotizó al sector público y a Colpensiones, por un lapso superior a 20 años, y sus últimos 12 meses fueron en el sector público.

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio, por lo que es beneficiaria de dicha normatividad.

Nació el 16 de septiembre de 1950 y cumplió el status de pensionado el 16 de septiembre de 2010, cuando acreditó los 60 años de edad y 20 años de aportes públicos y privados, conforme a la Ley 71 de 1988.

El 7 de septiembre de 2015 elevó petición ante Colpensiones de reconocimiento de la pensión de vejez, la cual se reconoció a través de la Resolución GNR 25738 de 25 de enero de 2016, la cual quedó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio.

El 26 de febrero de 2016, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, solicitando la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; los cuales fueron resueltos por las Resoluciones GNR 104389 del 13 de abril de 2016 y 25738 del 25 de enero de 2016.

A través de la Resolución VPB 24688 del 9 de junio de 2016, se confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR 104389 del 13 de abril de 2016.

El 27 de diciembre de 2016, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución VPB 24688 del 9 de junio de 2016.

Mediante Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, Colpensiones rechazó por improcedentes los recursos contra la Resolución VPB 24688 del 9 de junio de 2016 y ordenó la reliquidación e ingresó la pensión en nómina y disminuyó la mesada pensional a partir del 1º de enero de 2017, de acuerdo a la Ley 33 de 1985.

El 18 de enero de 2017, interpuso recurso de apelación contra la Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016.

Por medio de la Resolución GNR 42266 del 7 de febrero de 2017, Colpensiones confirmó la Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, e informó que el recurso de apelación lo enviará al superior para que sea resuelto.

Colpensiones envió oficio el 11 de febrero de 2017, informando que no es procedente el pago de la mesada 14, decisión contra la cual presentó recursos de reposición y apelación el 3 de marzo de 2017.

La demandada a través de la Resolución DIR 2854 del 4 de abril de 2017, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución 394123 del 30 de diciembre de 2016 e indicó que quedó agotada la vía gubernativa.

La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) expidió la Resolución SUB 53973 del 6 de mayo de 2017, que negó la reliquidación de una pensión de vejez, decisión contra la cual presentó los recursos de reposición y apelación el 19 de mayo de 2017.

La accionada resolvió el recurso de reposición mediante la Resolución SUB 85935 del 1º de junio de 2017 y confirmó el acto impugnado.

Colpensiones resolvió el recurso de apelación mediante la Resolución DIR 10077 de 7 de julio de 2017 y revocó la Resolución 53973 del 6 de mayo de 2017 que negó la reliquidación de la pensión de vejez y modificó el valor de la mesada pensional.

Radicó petición el 11 de diciembre de 2017, solicitando el reconocimiento y pago de la mesada 14, el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la

reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988.

La anterior petición fue resuelta mediante Resolución SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017, negando la reliquidación de la pensión de vejez, la mesada 14 y el pago de intereses moratorios, bajo el argumento de que el régimen que es aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985; decisión contra la cual interpuso el recurso de apelación.

Mediante la Resolución 1635 del 24 de enero de 2018, Colpensiones resolvió el recurso de apelación y confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** El accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 2, 13, 25 y 58 de la Constitución Política; 21 del Código Sustantivo del trabajo; Ley 71 de 1988 y 36 inciso 2 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es interpretado erróneamente por Colpensiones, por cuanto no está sumando los tiempos públicos con las cotizaciones al ISS, dejando de reliquidar la pensión con la Ley 71 de 1988, a pesar de que cumple con los requisitos de edad y tiempos/cotizados para ello.

Precisó que le corresponde la aplicación completa de la normatividad anterior que regía su relación laboral para efectos pensionales, esto es, la contenida en la Ley 71 de 1988, normativa que le es más favorable para el reconocimiento y pago de la mesada 14, en razón a que no devenga más de 3 salarios mínimos y cumplió el status pensional en el 2010.

Sostuvo que cumplió el status de pensionado (60 años de edad y 20 años de servicio) el 16 de septiembre de 2010, antes del 31 de julio de 2011, por lo que no le es aplicable la prohibición del Acto Legislativo 01 de 2005 en relación con la improcedencia de la mesada 14, ya que percibe una pensión inferior a 3 salarios mínimos.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 167 a 181) La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) contestó la demanda indicando que se opone a todas y cada una

de las pretensiones de la demanda, toda vez que las resoluciones expedidas por la entidad demandada se ajustan al ordenamiento jurídico con el cual se reconoció el derecho, teniendo en cuenta las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

Dijo que respecto a la liquidación de la pensión de vejez, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-230 de 2015, declaró que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se tienen en cuenta de la norma anterior.

Adujo que se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero el IBL y factores salariales, se encuentran establecidos en la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994.

Sostuvo que la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 36, el régimen de transición, aplicable a quienes al momento de entrar en vigencia la norma, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicio, caso en el cual, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Expresó que el ingreso base de liquidación de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990 y el IBL se regulará, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993.

Explicó que el monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe», «genérica o innominada» e «inexistencia del derecho reclamado».

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada el 11 de abril de 2019 (fs. 207 a 218 vto), negó las pretensiones de la demanda, indicando que el señor Hoyos Gómez cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Destacó que al demandante le fue reconocida la pensión en cuantía equivalente al 75% con los factores salariales sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años de servicios, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que acoge el precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, en el sentido de indicar que el IBL no hace parte del régimen de transición, por tanto, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición deben liquidarse con el IBL previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Motivo por el cual indicó que no le asiste el derecho de que se aplique el régimen de transición en los términos solicitados en la demanda.

En cuanto al reconocimiento de la mesada 14, aseveró que la misma fue eliminada para quienes se pensionaran a partir de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 veces el salario mínimo, pero cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011.

Estimó que comoquiera que la pensión del actor se causó después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se concluye que no tiene derecho a la mencionada mesada 14.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandante.-** (fs. 223 a 238) El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del 11 de abril de 2019, en el cual argumentó que las pretensiones de la demanda estaban enfocadas al reajuste de su pensión de vejez conforme a la Ley 71 de 1988 y no conforme a la Ley 33 de 1985.

Agregó que el *a quo* aplicó para el caso concreto la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, en la cual se decidió un caso pensional con la Ley 33 de 1985, donde se abordó el Ingreso Base de Liquidación (IBL) y los factores salariales sobre los que hizo aportes o cotizaciones a tener en cuenta dentro de la liquidación.

Insistió que al demandante le asiste el derecho a que la pensión le sea reliquidada con todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, aplicando la sentencia del 4 de agosto de 2010 y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 con ocasión a que se afilió y cotizó al ISS hoy Colpensiones, desde el año 1972 cotizando los tiempos privados y públicos y nació el 19 de septiembre de 1950, es decir, que cumple el status pensional el 16 de septiembre de 2010 y por lo tanto se desconoce el derecho que le asiste al reconocimiento de la mesada 14.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 24 de mayo de 2019 (fs. 240 y 240 vto) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 19 de septiembre de 2019 (f. 245), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 17 de enero de 2020 (f. 254), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por ambas partes y por el Ministerio Público.

**Parte demandada.-** (fs. 256 a 263) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda.

**Parte demandante.-** (f. 264) Reiteró lo manifestado en el escrito de la demanda y en el recurso de apelación.

**Ministerio Público.-** (fs. 265 a 285). La Procuradora 55 Judicial II Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que en audiencia inicial celebrada el 21 de marzo de 2019 y en la sentencia recurrida, la controversia en lo concerniente al régimen pensional se delimitó a la Ley 33 de 1985, sin embargo, acorde con las pretensiones planteadas en la demanda, el objeto de la Litis consiste en determinar si el régimen pensional más favorable es la Ley 71 de 1988 y si en aplicación de éste, tiene derecho a la mesada 14.

Agregó que el actor cumple con los requisitos para ser beneficiario tanto de la Ley 33 de 1985 como de la Ley 71 de 1988, esto es con la aplicación de los requisitos de edad y tiempo de servicios que cada normativa contempla, además en un monto del 75%; sin embargo como el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual solo deben incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización a seguridad social en pensión, durante el tiempo que le hiciere falta para el reconocimiento de la pensión o el promedio de los últimos 10 años.

Señaló que la cuantía de la pensión bien sea con la Ley 33 de 1985 o con la Ley 71 de 1988 llevarían al mismo valor porque su liquidación obedecería a lo previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo con base en la Ley 797 de 2003, el costo de la mesada sería superior porque aumentaría la tasa de reemplazo al 76,63%.

Precisó que la fecha del status pensional en los distintos regímenes que son predicables al accionante, son distintos en la medida que con la Ley 33 de 1985 la causación del derecho fue en noviembre de 2012, mientras que con las Leyes 71 de 1988 y 797 de 2003, esta situación acaeció el 16 de septiembre de 2010, situación que es determinable para definir si al actor, le asiste el derecho o no a la mesada 14, puesto que es indispensable para tal efecto que la prestación se cause antes del 31 de julio de 2011, lo que no se cumpliría al aplicar la Ley 33 de 1985, mientras que con las Leyes 71 y 797, sí.

Concluyó que sería menester acorde con los principios de inescindibilidad y de favorabilidad, establecer si con la inclusión de la mesada 14, el actor se beneficiaría más con la Ley 71 de 1988 o con la Ley 797 de 2003, o por el contrario si con la aplicación de la Ley 33 de 1985 y sin mesada 14, le resultaría mejor continuar con la cuantía que actualmente recibe.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problemas jurídicos.-** A la Sala corresponde determinar si al señor Rubén Darío Hoyos Gómez le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de Colpensiones i) la reliquidación de su pensión de vejez, por no haberse tenido en cuenta el 75% del promedio y con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme al régimen ordinario previsto en la Ley 71 de 1988, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) si el citado demandante tiene derecho a percibir la mesada 14, al aplicar la Ley 71 de 1988; o iii) si le es más favorable la aplicación de la Ley 33 de 1985, sin reconocimiento de la mesada 14.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en el sentido de reconocer la mesada catorce y negar el reajuste pensional conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, de conformidad con las consideraciones que se pasan a exponer.

**Marco normativo.-** En punto de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a determinar la solución que en derecho corresponde:

### **De la reliquidación pensional - régimen de transición.**

La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el SGP comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se dispuso en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y **SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>**, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001–23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.  
<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.  
<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.  
<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.  
<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

91. *Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

[...]

92. *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».***

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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.

[...]

96. **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.

*97. 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 [...]».*

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial, señaló lo siguiente:

«[...]

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».*

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL último que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de

entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Régimen pensional – Ley 71 de 1988, con la cual se reconoce la pensión por aportes.**

La pensión de jubilación por aportes se obtiene sumando los tiempos de cotización en el sector público y privado, es decir, que los empleados que durante su trayectoria laboral, hubieren prestado sus servicios a entidades de naturaleza pública y a empleadores del sector privado, tienen derecho a la referida prestación.

Es preciso indicar que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, el régimen que regula la posibilidad de reconocimientos pensionales por acumulación de tiempos es la Ley 71 de 1988, que preceptúa lo siguiente:

*«Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas».*

Conforme a la anterior disposición, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años de edad si es mujer y 60 si es varón y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el seguro social, tendrán derecho a recibir la pensión de jubilación por efectos de acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.

El artículo 7º de la norma bajo estudio fue reglamentada por el Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, así:

*«Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.*

*Artículo 2°. Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio. Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley.*

*Artículo 3°. Incompatibilidad de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas.*

*Artículo 4°. Entidad de previsión. Para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales.*

*Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.*

[...]

*Artículo 8o. Monto de la pensión de jubilación por aportes. **El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación.** El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley» [Negrilla de la Sala].*

En lo que se refiere a la liquidación de la denominada pensión de jubilación por aportes, el precitado artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 establece su monto en un 75% del salario base de liquidación, sin ser este inferior a un salario mínimo legal mensual vigente ni superior de 15 veces dicho salario.

En lo pertinente al salario base de liquidación, el Decreto 2709 de 1994 prevé:

*«Artículo 6. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.*

*Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente».*

La citada disposición fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, el cual, en su artículo 22, preceptuó que *«El bono pensional para los trabajadores cobijados por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se calculará tomando en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto porcentual de la pensión aplicable a dichos trabajadores. El ingreso base de liquidación se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [...]».*

### **Régimen pensional ordinario – Ley 33 de 1985.**

Ahora bien, definida las nuevas pautas de interpretación del régimen de transición y adentrándonos al caso concreto de la demandante, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*[...]».*

Es decir, la Ley 33 de 1985, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegando a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificadorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como*

*inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, tales como: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Asimismo, previó este artículo que las pensiones deben liquidarse «sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».

### **De la mesada catorce.**

La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema general de seguridad social, consagró en su capítulo IV sobre disposiciones finales del sistema general de pensiones, artículo 142, el reconocimiento de una mesada adicional para pensionados pagadera en el mes de junio de cada año, conocida como mesada catorce.

**«ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

**PARÁGRAFO.** Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual».

Esta mesada tal como fue prevista en la Ley 100 de 1993, era reconocida a los pensionados antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sin embargo la norma ha sufrido una serie de transformaciones en virtud del análisis de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 1994 a la misma, así como por la adición introducida por la Ley 238 de 1995 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que amplió los sujetos titulares de dicha mesada adicional, y la modificación efectuada por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución que determinó un límite temporal y modal al reconocimiento de esa mesada.

En cuanto a la evolución en virtud de la sentencia de inexecutable parcial del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la adición realizada por la Ley 238 de 1995, da cuenta en forma diáfana el Consejo de Estado, en el apartado que a continuación se cita refiriéndose a la mesada catorce:

*«[...] fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4a de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. [...] a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:*

*[...]*

*"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.*

*"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."*

*La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I*

*de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."*

[...]

*La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1° de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.*

*Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de Ecopetrol y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:*

*"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados"»<sup>8</sup>.*

Como puede advertirse en esta primera etapa de evolución del contenido normativo de la mesada catorce, se determina que su naturaleza es una prestación propia del régimen general de seguridad social en pensiones, cuyo ámbito se ha extendido en beneficio de regímenes pensionales especiales, como el previsto para los docentes en garantía del principio de igualdad.

Ahora bien, en cuanto a la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 al Artículo 48 de la Constitución Política, valga citar lo manifestado por la Corte Constitucional<sup>9</sup> en lo relacionado con el Acto Legislativo 01 de 2005:

*«El Congreso de la República, a través del artículo 1 del A.L. 01 de 2005 introdujo*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1857 del 22 de noviembre de 2007, C.P. doctor Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional, C-277 del 18 de abril de 2007, M.P. doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

en Colombia una serie de reformas en el sistema pensional, a fin de hacerlo financieramente viable y evitar que colapsara, eso sí sin perjuicio de respetar derechos adquiridos y asumir el Estado la deuda pensional.

En ese sentido, en el inciso octavo, dicha reforma "con respecto al número de mesadas susceptibles de percibirse anualmente por concepto de pensión, fijó un límite de trece (13), a partir de la vigencia del Acto Legislativo mencionado (25 de julio de 2005)." **Sin embargo, estableció en el parágrafo sexto transitorio como excepción que "la persona pensionada obtuviera una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales, entonces sí podría acceder a una mesada catorce, si el derecho pensional se causaba antes del 31 de julio de 2011.**

La Corte Constitucional sobre la aprobación de modificaciones presentadas durante el trámite que tuvo el A.L. 01 de 2005, expresó:

En la discusión, se hizo referencia específicamente a la eliminación de la mesada 14, la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la prohibición de que existan pensiones por encima de 25 salarios mínimos. Finalmente, se dejó una constancia del partido liberal. En la Gaceta 522 del 12 de agosto de 2005 se encuentra el Acta de la sesión Plenaria del Senado del 20 de junio de 2005 en donde se debatió y votó el texto conciliado del Acto Legislativo demandado. En el debate se explicó la adopción de cada uno de los incisos. Así mismo, se hizo referencia a la mesada 14 pensional, a la vigencia del tope de 25 salarios mínimos, a los derechos adquiridos, a los factores para liquidar las pensiones, al procedimiento para la revisión de las pensiones y a la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, se dejó constancia de varios votos negativos.

La Corte Constitucional tuvo ocasión también de analizar la constitucionalidad del inciso 8 de la norma bajo estudio, declarando su exequibilidad frente al trámite que se siguió para su aprobación. En uno de sus apartes destacó:

El contenido que no se aprobó inicialmente, relativo al inciso 8 del acto legislativo en mención, tenía el alcance de eliminar totalmente la mesada catorce. Y, como ese era su alcance, eso fue justamente lo que no se aprobó por parte de la Plenaria del Senado. De otro lado, el contenido que se sometió a votación al día siguiente, relativo al mismo inciso, tenía por el contrario el alcance de eliminar la mesada catorce salvo a aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año. Esto quiere decir que hubo una decisión negativa respecto de un texto, pero una positiva respecto de otro texto sobre el mismo tema. Para la Corte no es igual la identidad temática, que la disparidad de regulaciones sobre un mismo tema. Y, lo que prohíben las disposiciones sobre el trámite de formación de las leyes y actos legislativos, es retornarla votación sobre una regulación ya votada y rechazada. Pero, no se prohíbe a los congresistas, en el trámite legislativo, proponer, discutir y votar distintas alternativas de regulación sobre un mismo tema.

[...]

A juicio de esta la Sala Plena, en la segunda votación se aprobó la eliminación de la mesada catorce salvo en los casos de personas que percibieran 3 o menos salarios mínimos y que su pensión se causara antes de una fecha determinada. Lo que en definitiva es distinto a haber votado la eliminación total de la mesada

*catorce»* (Subraya y negrilla de la Sala).

Lo anterior para dejar en claro que el constituyente derivado fue diáfano al establecer que la regla general es que el pensionado reciba 13 mesadas, y excepcionalmente, cumpliéndose dos requisitos: el monto de la misma (menor o igual a 3 S.M.L.M.) y causarse la pensión antes del 31 de julio de 2011, podría tener acceso a una mesada 14.

Así pues, la mesada 14 consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal y modal limitada, lo cual reduce su ámbito de aplicación personal, es decir a, los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago. Dicha vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, hasta el 31 de julio de 2011.

En este sentido dejarán de recibir la mesada 14 las siguientes personas:

a) Quienes al 25 de julio de 2005, fecha de publicación del Acto Legislativo 01 de 2005, tuviesen reconocido el derecho pensional y recibiesen la mesada catorce.

b) Quienes al 25 de julio de 2005 hubiesen causado el derecho a la pensión pero aun no la tenían reconocida.

c) Quienes al 31 de julio de 2011 tuviesen reconocida la pensión o hubiesen causado el derecho, siempre y cuando la mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para el reconocimiento de la mesada catorce el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A» en sentencia del 28 de noviembre de 2018, radicado No. 73001-23-33- 000-2013-00357-01(1502-14), señaló los requisitos de la siguiente manera:

**«BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL  
RECONOCIMIENTO DE LA MESADA CATORCE — Requisitos**

*De la anterior disposición se establece que i) continuarán recibiendo la mesada catorce, quienes al momento de la publicación del Acto Legislativo 01 del 2005, a saber, 25 de julio del 2005, hubieren causado el derecho a la pensión; ii) será reconocida a las personas que, aunque no tenían reconocida la pensión antes de la publicación del acto legislativo, su derecho se hubiere causado con anterioridad;*

*y, iii) la recibirán las personas a quienes se les reconoció pensión con anterioridad al 31 de julio del 2011, o que se hubiera causado su derecho con antelación a dicha fecha, siempre y cuando su mesada pensional sea igual o inferior a 3 SMLMV. Pero, aquellos cuyo derecho prestacional se cause después del 31 de julio del 2011, solamente recibirán trece mesadas, independientemente del monto de ella».*

Posteriormente, esa misma Corporación, Sección Segunda, Subsección «A», en sentencia del 31 de julio de 2019, radicado No. 19001-23-33-000-2014-00406-01(2426-16), C.P. doctor William Hernández Gómez, reiteró lo dispuesto en la providencia anterior, así:

*«El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional, equivalente a 30 días de pensión y pagadera a mitad de año, para todas aquellas personas a quienes se les hubiese reconocido la pensión antes del 1.º de enero de 1988 .*

*Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994 declaró la inexequibilidad parcial del artículo 142 ejusdem, y extendió el pago de la mesada adicional a todos los pensionados al considerar que la norma evidenciaba un trato discriminatorio respecto al conjunto de los pensionados porque otorgaba privilegios a un grupo de estos en detrimento de los demás.*

*Finalmente, la citada mesada adicional o mesada catorce fue eliminada por el Acto Legislativo 01 de 2005, modificador del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, excepto en los siguientes casos de acuerdo con los incisos 8.º y el párrafo transitorio 6.º del Acto Legislativo en cita:*

- 1. Quienes al 25 de julio de 2005, fecha de publicación del Acto Legislativo 01 de 2005, tuviesen reconocido el derecho pensional y recibiesen la mesada catorce;*
- 2. Quienes al 25 de julio de 2005 hubiesen causado el derecho a la pensión pero aun no la tenían reconocida, y;*
- 3. Quienes al 31 de julio de 2011 tuviesen reconocida la pensión o hubiesen causado el derecho, siempre y cuando la mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes».*

De tal manera, que la mesada adicional de mitad de año o mesada catorce del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad se ha desmontado, dado que la misma sólo es devengada por los pensionados que adquirieron su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1º de 2005, y de manera excepcional, por los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya mesada sea igual o inferior a 3 SMMLV, pues antes de la entrada en vigencia del acto legislativo del 2005 los pensionados ostentan el derecho al reconocimiento de la mesada catorce sin los requisitos señalados actualmente.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Resolución GNR 25738 del 25 de enero de 2016, mediante la cual Colpensiones, reconoció la pensión de vejez a favor del señor Rubén Darío Hoyos Gómez, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años y con los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, quedando en suspenso hasta acreditar el retiro defectivo del servicio (fs. 3 a 7).

b) Recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución GNR 25738 del 25 de enero de 2016, presentado por el actor ante Colpensiones el 26 de febrero de 2016 (fs. 9 a 16).

c) Resolución GNR 104389 del 13 de abril de 2016, a través de la cual Colpensiones, resolvió el recurso de reposición que modificó la resolución antes mencionada, incrementando el valor de su mesada pensional, liquidación que se realizó de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, en aplicación al contenido de la Ley 100 de 1993 (fs. 17 a 22 vto).

d) Resolución VPB 24688 del 9 de junio de 2016, con la que Colpensiones, resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 25738 del 25 de enero de 2016, confirmándola en todas y cada una de sus partes (fs. 23 a 28).

e) Derecho de petición radicado el 2 de agosto de 2016 ante Colpensiones por parte del demandante, con el cual solicitó se le incluya en nómina de pensionados toda vez que se dio por terminado su nombramiento en la planta temporal de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá (f. 29).

f) Resolución 522 del 24 de octubre de 2016 y acta de posesión, por medio de la cual en cumplimiento de un fallo de tutela se nombra al demandante en un cargo de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá por un término de 4 meses contados a partir del 20 de septiembre de 2016 (fs. 30 a 32).

g) Resolución 638 del 26 de diciembre de 2016, a través de la que en cumplimiento de un fallo de tutela de segunda instancia, se da por terminado el nombramiento transitorio efectuado al actor, a partir del 1º de enero de 2017 (fs. 33 a 35).

h) Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, que reliquidó la mesada pensional, ordenando el ingreso en nómina de la misma, a partir del 1º de enero de 2017 (fs. 38 a 43 vto).

i) Recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, presentados por el actor ante Colpensiones el 18 de enero de 2017 (fs. 44 a 51).

j) Resolución GNR 42266 del 7 de febrero de 2017, con la que Colpensiones, resolvió el recurso de reposición antes mencionado confirmando la resolución recurrida e indicando que la pensión de vejez del actor se liquidó conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 (fs. 52 a 58).

k) Alcance a los recursos de reposición y en subsidio de apelación del 18 de enero de 2017 radicados en contra de la Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, el cual fue radicado ante Colpensiones el 3 de marzo de 2017, en el sentido de solicitar el reconocimiento de la mesada 14 (fs. 60 a 62).

l) Resolución DIR 2854 del 4 de abril de 2017, con la que Colpensiones, resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016, confirmándola en todas y cada una de sus partes, afirmando que es más favorable la liquidación pensional de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, con aplicación de la mesada catorce (fs. 64 a 73).

m) Oficio BZ 2017\_3548706 del 17 de abril de 2017, a través del cual se pone en conocimiento del actor que en lo relacionado con el reconocimiento de la mesada 14, mediante la Resolución DIR 2854 del 4 de abril de 2017 se resolvió de manera favorable dicha petición, indicando que la pensión se reajustó teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 aplicando la mesada catorce (f. 74).

n) Resolución SUB 53973 del 6 de mayo de 2017, con la que Colpensiones, negó el reajuste de su pensión de vejez (fs. 78 a 82 vto).

ñ) Recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución SUB 53973 del 6 de mayo de 2017, presentado por el actor ante Colpensiones el 19 de mayo de 2017 (fs. 83 a 88).

o) Resolución SUB 85935 del 1° de junio de 2017, por medio de la que Colpensiones, resolvió el recurso de reposición antes mencionado confirmando la resolución recurrida (fs. 89 a 94).

p) Resolución DIR 10077 del 7 de julio de 2017, a través de la cual Colpensiones, resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución SUB 53973 del 6 de mayo de 2017, revocándola en todas y cada una de sus partes y le indicó al demandante que su pensión se liquida de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, a partir del 1° de enero de 2017 (fs. 95 a 103).

q) Derecho de petición radicado por el señor Rubén Darío Hoyos Gómez ante Colpensiones el 11 de diciembre de 2017, con el cual solicitó el reajuste de su pensión de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, con inclusión de todos los factores salariales y la mesada 14 (fs. 104 a 109).

r) Resolución SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017, por medio de la que Colpensiones, negó la reliquidación de la pensión del actor, y se indicó que por favorabilidad la mesada pensional se liquida de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, y niega el reconocimiento de la mesada catorce (fs. 110 a 114 vto).

s) Recurso de apelación en contra de la Resolución SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017, presentado por el actor ante Colpensiones el 3 de enero de 2018 (fs. 115 a 120).

t) Resolución DIR 1635 del 24 de enero de 2018, mediante la cual Colpensiones, confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida, indicando que la pensión se liquida según lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, sin la inclusión de la mesada catorce (fs. 121 a

128).

u) Reporte de semanas cotizadas en pensiones durante el periodo de enero de 1967 a julio de 2017, en el que se indica que tiene un total de 1.076,43 (fs. 129 a 132).

v) Certificado de información laboral en el cual la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, señaló que el señor Hoyos Gómez laboró para dicho ente desde el 17 de abril de 1985 al 4 de noviembre de 1997, realizando cotizaciones tanto a la Caja de Previsión Distrital como al ISS, hoy Colpensiones (f. 133).

w) Constancia expedida por la directora de talento humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá en la que se indican las fechas de las vinculaciones en dicha entidad (fs. 134 a 136).

x) Cédula de ciudadanía del señor Rubén Darío Hoyos Gómez, en la que se observa que nació el 16 de septiembre de 1950 (f. 140).

y) Expediente administrativo en magnético (f. 182).

**Caso concreto-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la **nulidad parcial** de las Resoluciones i) GNR 394123 del 30 de diciembre de 2016 y ii) DIR 10077 del 7 de julio de 2017, que reliquidaron la pensión del demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la **nulidad total** de las Resoluciones i) SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión del demandante; y ii) DIR 1635 del 24 de enero de 2018, que resolvió un recurso de apelación, confirmando la anterior resolución.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos referidos, se condene a la accionada a reliquidar su pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición y se proceda otorgándole la pensión en la forma determinada en la Ley 71 de 1988, esto es, con el equivalente del 75% del promedio, con la inclusión de todos los factores

salariales devengados en el último año de servicios y la inclusión de la mesada 14.

El 11 de abril de 2019 el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda, al colegir que no le asiste el derecho a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, así como tampoco al pago de la mesada catorce.

Así las cosas, la parte accionante en sede de impugnación discutió que lo pretendido con la demanda era que se reconociera y pagara la mesada catorce y se reajustara su pensión conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1985, y no con la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, lo primero que ha de advertirse es que el accionante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, esto es, con cuarenta y tres (43) años, seis (6) meses y dieciséis (16) días, toda vez que nació el 16 de septiembre de 1950, por lo que tiene derecho a que su pensión vitalicia de vejez sea reconocida y liquidada de conformidad con las previsiones contenidas en el régimen anterior, en este caso conforme a la Ley 71 de 1988, a fin de que se tenga en cuenta lo relacionado en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión.

Asimismo, se encuentra demostrado que cumplió 60 años de edad el 16 de septiembre de 2010 y laboró por más de 20 años, los cuales se cotizaron en una entidad de previsión social del orden distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

En lo que respecta al IBL, el mismo deberá ser calculado conforme lo indican los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso, y los factores salariales a reconocerse son los determinados por dicha disposición y los enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

De la misma manera, de los actos administrativos que aquí se demandan y de los aportados con la demanda, se observa que i) Colpensiones a través de la Resolución GNR 25738 de 25 de enero de 2016, reconoció la pensión vitalicia de vejez a favor del actor, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; ii) según la Resolución DIR 1635 del 24 de enero de 2018,

Colpensiones paga actualmente la pensión de vejez al actor, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, como quiera que la liquidación con dicha norma le es más favorable; iii) que la actora cotizó para pensión un total de 1.600 semanas, cotizaciones que se realizaron tanto en Colpensiones como en Foncep y en la Ugpp, de labores realizadas en el sector público y privado; y iv) que el señor Rubén Darío cumple con los requisitos establecidos en las Leyes 71 de 1988, 33 de 1985 y 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, de los cuales se infiere que no se incluyó la mesada catorce y que la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión fueron calculados conforme a la Ley 797 de 2003, comoquiera que le era más favorable, según se aprecia en el siguiente cuadro:

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
20 años de servicio al Estado y 55 años de edad (Transición frente a ley 33)- Legal Decreto 2527 (Tr	27 de septiembre de 2014	1 de enero de 2017	1,171,330.00	0.00	1	75.00	967,009.00	NO
Régimen de Transición Ley 71 de 1988 – NACIONAL	16 de septiembre de 2010	1 de enero de 2017	1,171,522.00	1,192,262.00	2	75.00	984,289.00	NO
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad ley 797 del 2003 – Legal	16 de septiembre de 2010	1 de enero de 2017	1,171,522.00	1,192,262.00	2	76.64	1,005,812.00	SI

Igualmente, de las resoluciones que aquí se demandan, se infiere que la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión fueron calculados por favorabilidad conforme a la Ley 797 de 2003, en cuantía equivalente al 75% del Ingreso Base de Liquidación según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, régimen al que el demandante se acogió de manera voluntaria.

Así, en cuanto a la solicitud de reliquidación pensional conforme a lo dispuesto la Ley 71 de 1985 con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, se tiene que de acuerdo al cuadro antes relacionado, el monto de la pensión del demandante sería inferior a la que devenga actualmente, comoquiera que para realizar la liquidación de la misma se tendría en cuenta dicha normatividad respecto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión; y respecto al IBL, lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la misma norma, según sea el caso, y los factores salariales a reconocerse son los determinados por dicha disposición y los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, de conformidad a lo ordenado por el H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Así las cosas, no podría esta Sala cambiar el régimen aplicable para liquidar la pensión cuando se vislumbra que la misma sufriría un cambio desfavorable para el demandante.

De acuerdo a lo anterior, se llega a la conclusión que aun cuando el *a quo* realizó el estudio de reliquidación pensional de acuerdo con la Ley 33 de 1985 de manera equivocada y le negó el reajuste pensional conforme a dicha norma, tampoco le asiste derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, pero por las razones que aquí se expusieron.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de reconocimiento de la mesada catorce, esta Colegiatura, una vez examinó el acervo probatorio obrante en el plenario, encuentra acreditado que de acuerdo con la normativa que se aplica actualmente, esto es, la Ley 797 de 2003 el accionante adquirió el estatus de pensionado el día 17 de septiembre de 2010, tal como se indica en la Resolución GNR 1043889 de 13 de abril de 2016, visible en los folios 17 a 22 vto, que ordenó el pago de la pensión reconocida a través de la Resolución GNR 25738 del 25 de enero de 2016, con base en lo cual está demostrado que su derecho pensional se causó con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha en la cual entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, pero antes del 31 de julio de 2011, término indicado en el párrafo transitorio 6° del citado acto legislativo.

Igualmente, al observar el monto de la pensión reconocida<sup>10</sup>, esta Sala advierte que su valor es de \$ 1.005.812, efectiva a partir del 1 de enero de 2017, **el cual no supera el monto máximo de los 3 SMLMV para el año 2010**, debido a que según el Decreto 5053 de diciembre 30 de 2009, el salario mínimo para ese año se fijó en \$ 515.000. Con base en lo anterior es claro que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce.

De otra parte, teniendo en cuenta que al demandante se le reconoció pensión a partir del 1° de enero de 2017; que el señor Rubén Darío presentó la solicitud de reconocimiento de la mesada catorce el 11 de diciembre de 2017 (fs. 104 a 109); se tiene que no operó el fenómeno de prescripción trienal, por lo que el reconocimiento de la misma se ordena a partir del 1° de enero de 2017.

En efecto, en lo referente a los intereses moratorios, la Ley 100 de 1993, en su artículo 141,<sup>11</sup> establece su pago cuando se presente demora en la cancelación de la mesada pensional; pero no lo es dable, de manera simultánea, con la indexación de las mesadas adeudadas (que se dispondrá en esta sentencia), ya que, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, a la indexación y a los intereses moratorios se les reconoce la misma virtualidad, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas; por ello, «[...] *el reconocimiento de ambos conceptos implicaría un doble pago por la misma causa, que no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento ilícito*<sup>12</sup> [...]».

La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de las mesadas adeudadas, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

---

<sup>10</sup> Resolución DIR 1635 del 24 de enero de 2018, a través del cual resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución SUB 289824 del 14 de diciembre de 2017 (fs. 121 a 128).

<sup>11</sup> «Artículo 141. Intereses de mora. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago».

<sup>12</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 1.º de abril de 2004, radicación 50001-23-31-000-1998-0159-01(2757-03), actora: Nidia Ramírez Diazgranados, demandado: Consejo Superior de la Judicatura.

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Lo anterior, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 192 del CPACA, cuya observancia por parte de la Administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En virtud de lo anterior, se modificará la sentencia proferida el 11 de abril del 2019 por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la mesada catorce, en el sentido de reconocer la referida mesada pensional.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se modificará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, en el sentido de indicar que se accede al reconocimiento de la mesada catorce y que se niega el reajuste pensional, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron

argumentos que son jurídicamente razonables.

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

**FALLA:**

**Primero: Modificar** el ordinal primero de la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Rubén Darío Hoyos Gómez contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), en el sentido de indicar que se accederá al reconocimiento y pago de la mesada catorce, y que se nieguen las pretensiones de reliquidación pensional pero por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado Ponente: Luis Gilberto Ortegaón Ortegaón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333505520140032101  
Demandante : **Mary Ruth Agudelo Durán**  
Demandado : Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de las prestaciones sociales de ex servidor del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), con inclusión de la prima de riesgo.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 208 a 210) contra la sentencia del 3 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual accedió a las súplicas de la demanda de la referencia (fs. 195 a 205).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** La señora Mary Ruth Agudelo Durán, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión - Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, se declare la nulidad del acto administrativo número E-2310,18-201411 mediante el cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la prima de riesgo.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reliquidar todas las primas legales y extralegales, prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses

a las cesantías causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo; (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**Fundamentos fácticos.-** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS (en proceso de supresión), desde el 6/12/2009 hasta el 31/12/2011, en el cargo de profesional 14 del área operativa.

La accionada le pagaba además del salario mes a mes una prima denominada prima de riesgo ordenada en el Decreto N° 1933 del 23 de agosto de 1989, reglamentada, complementada y aumentada en los Decretos 132 de enero 17, 1137 de junio 2 y 2646 de noviembre 29 de 1994, la cual se canceló a los empleados del DAS por el ejercicio de labores de alto riesgo.

Como la prima de riesgo constituye factor salarial según sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 1 de agosto de 2013, proferida por el consejero de estado doctor Gerardo Arenas Monsalve, procede la inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994.

El 15 de enero de 2014, solicitó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial. Mediante acto administrativo N° E-2310,18-201411, la accionada negó la anterior petición.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto:** La parte demandante afirmó que la solicitud se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que deberán tenerse en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Lo anterior, toda vez que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación emitida el 1.º de agosto de 2013, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas

Monsalve, expediente 44001233100020080015001 (007011), señaló que la prima de riesgo percibida por los funcionarios del DAS constituye factor salarial, pues todas las sumas que el trabajador de manera habitual y periódica percibe son factores que integran el salario, lo que necesariamente incide en la forma como se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una pensión.

#### **Contestación de la demanda:**

**La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.-** (fs. 62 a 71) Se opuso a la pretensión de nulidad del acto administrativo basado en que el mismo fue expedido conforme a lo ordenado en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que no ha sido derogado, ni declarado nulo, según el cual la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Además propuso las excepciones de inepta demanda, la cual fue despachada de manera desfavorable por el juez de primera instancia y se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la misma.

**Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS-** (fs. 168 a 179) Señaló que se opone a todas las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos jurídicos, agregando que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

## **II PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de noviembre de 2017 (fs.195 a 205), accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al considerar que la señora Mary Ruth Agudelo Durán, prestó sus servicios al extinto D.A.S., desde el 6 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de profesional operativo 202-14 y mes a mes percibió una prima especial de riesgo en un porcentaje del 30% del salario básico, por lo anterior señaló que al percibir la prima de riesgo de manera habitual periódica y con ocasión de la prestación personal del servicio, resulta evidente que la misma constituye un factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, bajo el entendido que se deberá incluir la misma como factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, devengadas por la demandante solo

durante su vinculación laboral en el DAS.

Indicó que se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política; en concordancia con el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por ende, se debe inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en lo que tiene que ver con que la prima de riesgo no constituye factor salarial, por vulnerar el artículo 53 de la Carta Superior.

Por tanto decidió inaplicar el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 y declarar la nulidad del acto administrativo acusado y declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, condenando solo al Patrimonio Autónomo Administrado, representado por la Fiduciaria la Previsora S.A., que proceda a reliquidar las prestaciones sociales de la señora Mary Ruth Agudelo durante el tiempo que estuvo vinculada al extinto D.A.S., para lo cual deberá incluir la prima de riesgo como factor salarial.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS.-** (folios 176 a 187) Manifestó que dentro de las normas concernientes a la prima de riesgo, no ha sido reconocida como factor salarial, ya que el Decreto 1933 de 1989, creador de la prima de riesgo, como los Decretos 132, 1137 y 2646 todos de 1994, de manera textual señalaron que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Dijo que de la normatividad que rige el conflicto jurídico y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se concluye que el legislador estableció la prima de riesgo indicando expresamente que esta no constituía factor salarial, al no comprometer dicha expresión legislativa, por lo tanto no puede constituirse como factor salarial, sino que en razón de la normatividad que rige para las pensiones del extinto DAS, solo es tomada como factor salarial en asuntos pensionales.

Finalmente solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y como consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en providencia de 23 de marzo de 2018 (fs. 213 y 214) y admitido por este Despacho con auto de 16 de noviembre de 2018 (fl. 221); en el que se dispuso la notificación personal al agente del ministerio público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al ministerio público, por medio de auto de 29 de marzo de 2019 (f. 223), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por ambas partes.

**Parte demandante.-** (fs. 224 a 230) Reiteró los argumentos expuestos en la demanda agregando que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha determinado que la prima de riesgo si constituye factor salarial para pensiones y no se ha pronunciado acerca del alcance que tiene para las prestaciones económicas, pero la sección primera de dicha corporación en sede de tutela si se ha pronunciado al respecto y ha hecho extensivo que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y económicas a los empleados del extinto DAS.

**Parte demandada.-** (fs. 231 a 234) Insistió en que no le asiste derecho a la demandante a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta la prima de riesgo y ratificó lo señalado en las etapas procesales que se han surtido, especialmente el recurso de apelación.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Se contrae a determinar si al demandante le asiste o no derecho para reclamar la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, especialmente la prima de riesgo, o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada, el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, por ser la prima de riesgo factor salarial, de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Estudio normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 53, señala que todos los trabajadores del territorio nacional tienen derecho a percibir una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Este precepto y aquellos que soportan la concepción de Estado Social de Derecho plasmada en la Carta Magna de 1991, entre otros, como los de igualdad, dignidad y equidad, constituyen el referente constitucional que permiten establecer con meridana claridad la definición y alcance del concepto de salario, que no se agota en las normas de carácter nacional, puesto que el mencionado artículo 53 constitucional, también establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Asimismo, el artículo 93 de la Constitución, en primer lugar indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, y en segundo lugar, impone la obligación de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución y la ley, de conformidad con tales instrumentos internacionales.

El Código Sustantivo del Trabajo «Ley 2663 del 5 de agosto de 1950» en su artículo 127 (modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990), prescribe que, «[...] constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

En el sector público la Ley 1042 de 1978 señaló en su artículo 45, que salario es toda suma «[...] *que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*».

El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 54 de 1992, en su artículo 1º, dispuso:

*«A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar».*

El Consejo de Estado mediante sentencia diez (10) de agosto de dos mil seis (2006), proferido dentro del proceso radicado con el número 11001-03-06-000-2006-00070-00(1760), precisó:

*«[...] en términos generales, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la «remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo».*

La Corte Constitucional en sentencia SU-995 de 1999, dijo que se entiende por salario integral «[...] *todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras entre otras denominaciones, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado*».

Por lo anterior, en cumplimiento de lo señalado en los artículos 53 y 93 de la Constitución, el alcance del concepto de salario en las normas que regulan o establecen sus componentes, debe ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en las normas de la Constitución y del Convenio 95 de la OIT ratificado por Colombia, según las cuales el término salario

comprende toda remuneración en dinero o especie que el trabajador percibe o debe percibir como contraprestación del servicio que prestó al empleador, independiente de la denominación que se le dé.

### **De la prima de riesgo.-**

La prima de riesgo con base en la cual señala el demandante, debieron habersele liquidado las prestaciones sociales, tiene origen en el artículo 4º del Decreto 1933 de 1989, que estableció el régimen prestacional para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, así:

*«Artículo 4. PRIMA DE RIESGO. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica. Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público».*

Posteriormente el Decreto 132 de 1994 en su artículo 1.º, estableció en un 20% de la asignación básica mensual, la prima mensual de riesgo para los servidores públicos que prestan los servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, indicando a su vez que la misma no tendría carácter salarial.

En el mismo año el Decreto 1137, creó la prima de riesgo en un porcentaje del 30% de la asignación básica mensual, así:

*«Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico profesional y Criminalístico Técnico que no están asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.*

*Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, 4º del Decreto 1933 de 1989 el Decreto 132 de 1994».*

Finalmente el Decreto 2646 de 1994, derogó el artículo 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994 consagró la prima especial de riesgo, así:

*«Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual».*

Los artículos 2º y 3º de este mismo Decreto, establecieron los porcentajes de la prima especial de riesgo del 30% y 15% para otros servidores del DAS, no incluidos en el artículo anterior.

A su vez el artículo 4º ibídem, dispuso:

*«Artículo 4º. La prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994».*

De las normas antes transcritas, se concluye que la prima de riesgo es un pago contemplado para el personal que en servicio asume efectivamente un riesgo excepcional, dada la naturaleza especial de la función que cumple al servicio del DAS.

Ahora bien, el Consejo de Estado en principio negaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial al estar consagrada expresamente, como un factor no salarial en el Decreto 2646 de 1994, no obstante, dicha tesis fue replanteada con posterioridad en sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, radicado N°. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), Sección Segunda, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, donde este órgano de cierre estableció:

*«Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.*

*Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación<sup>2</sup>, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*

---

<sup>2</sup> Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*

*Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, **si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.***

[...]

*Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, **le confieren un carácter periódico y permanente** en tanto señalan en su tenor literal que: “Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo.*

*Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.*

*Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS». (Negrilla de la Sala)*

Por lo anterior, conforme lo expuso por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, la prima de riesgo si constituye factor salarial toda vez que las características de su génesis, causa y objeto, son propias del concepto de salario. En efecto, es evidente que se trata de una remuneración legal, habitual y periódica (mensual), reconocida por el empleador (DAS), a sus trabajadores como contraprestación directa del servicio prestado en forma personal en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron vinculados actividades de alto riesgo.

## **Sobre la liquidación de las prestaciones sociales en el régimen del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS.-**

Ahora bien, el régimen prestacional especial de los ex empleados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reguló a través del Decreto 1933 de 1989, que en su artículo 1º estableció «*Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3o. y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece*».

El capítulo II estableció las primas especiales en favor de determinados servidores públicos en consideración al cargo y funciones que desempeñaban. Las primas especiales son las siguientes: prima de orden público (artículo 2º); prima de clima (artículo 3º); prima de riesgo (artículo 4º); y prima de instalación (artículo 5º).

El capítulo III consagró las bonificaciones especiales por comisión de estudio y comisión de servicios y en el capítulo IV se reguló la prima de vacaciones.

En el capítulo VII (disposiciones varias), estableció lo siguiente:

«[...]

*ARTÍCULO 16. FACTORES PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135 68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) Los incrementos por antigüedad;*
- c) La bonificación por servicios prestados;*
- d) La prima de servicio;*
- e) La prima de vacaciones;*
- f) El subsidio de alimentación;*
- g) El auxilio de transporte;*
- h) Los gastos de representación.*

*ARTÍCULO 17. FACTORES PARA LIQUIDAR VACACIONES (sic) PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) *Los incrementos por antigüedad;*
- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *Los gastos de representación.*

*ARTÍCULO 18. FACTORES PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) *Los incrementos por antigüedad;*
- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *La prima de navidad;*
- h) *Los gastos de representación;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;*
- j) *La prima de vacaciones.*

*ARTÍCULO 19. FACTORES PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) *Los incrementos por antigüedad;*
- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *La prima de vacaciones;*
- h) *Los gastos de representación [...]».*

De lo anterior, el Decreto 1933 de 1989 precisa los factores salariales que componen la base de liquidación de las primas de navidad y vacaciones, el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentra la prima de riesgo.

De igual modo, el Decreto 1045 de 1978, aplicable a los ex empleados del (DAS) según el artículo 1º del Decreto 1933 de 1989, también establece un listado de los factores que se tienen en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, entre ellas el auxilio de

cesantía y la pensión de jubilación artículo 45, regulación que es similar a la dispuesta en el Decreto 1933 de 1989.

En ese orden de ideas y de lo dicho por el Consejo de Estado, considera la Sala que en aquellos casos en que los ex empleados del (DAS) devengaron la prima de riesgo, es procedente inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 en cuanto dispone que no constituye factor salarial, por ser contrario a los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, consagrados en el artículo 53 de la Constitución. También es contrario al artículo 1º del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario que hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución, al Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relativas al salario.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Reclamación administrativa del 15 de enero de 2014, en el que la señora Mary Ruth Agudelo Durán, en la que solicitó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión el reconocimiento del factor salarial para todos los efectos de la prima de riesgo y el reajuste y pago de todas las primas y prestaciones sociales causadas y que se causen a futuro (folios 18 y 19).

b) Respuesta derecho de petición N° E-2310.18,2014011 del 20 de enero de 2014 en la que se informó que esa prima objeto de pedimento fue objeto de varias reformas pero siempre fue incorporada con el efecto de no ser factor salarial, siendo confirmada por el Consejo de Estado donde reiteró que la prima de riesgo no es factor salarial y su inclusión se debe tener en cuenta en la liquidación de la pensión de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 (folio 20).

c) Certificado emitido por la subdirectora de talento humano del Departamento Administrativo de Seguridad en Proceso de Supresión, en la que consta que el señor Germán Gustavo Barrero Salas laboró en esa entidad desde el 15 de septiembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2011, desempeñándose en el último cargo como guardián 214-

05, en calidad de empleado público, con una asignación básica de \$ 1.045.155 (folio 12).

d) Certificado expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad en Proceso de Supresión, en la que consta que la señora Mary Ruth Agudelo Durán entre el 6 de abril de 2009 al 31 de diciembre de 2011, devengó prima especial de riesgo del 30% (folios 26 a 33).

**Caso concreto.-** De lo anterior se advierte que la demandante laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad como profesional operativo 202-14, desde el 6 de abril de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, luego, fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación a partir del 1.º de enero de 2012 en el cargo de investigador profesional I.

Observa la Sala que el acto administrativo demandado por medio del cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación, es contrario a las normas constitucionales y legales que reglamentan el concepto de salario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Por lo tanto, se concluye que contrario a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta, la prima de riesgo reconocida y pagada a los ex empleados del DAS, sí es salario a la luz de lo establecido en los artículos 1.º, 2.º y 3.º del Decreto 2646 de 1994, en concordancia con el Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, interpretación que se ajusta al mandato del artículo 93 de la Constitución que llama a interpretar las normas de derecho interno conforme a los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en este caso el artículo 1º del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario.

Así las cosas, se deberá inaplicar el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, con el fin de reconocer la prima especial de riesgo como factor salarial computable para la liquidación de las prestaciones sociales reconocidas y pagadas a la demandante cuando prestaba sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmara el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la

demanda.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>3</sup>,

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables, por tal razón no se condenara en costas en las dos instancias.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmara el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

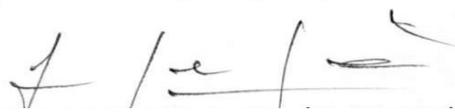
**Primero.- Confirmar** la sentencia de tres (3) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por la señora Mary Ruth Agudelo Durán contra la Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera del PAP Fiduprevisora S.A. Defensa Jurídica del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS-, conforme a las razones expuestas.

**Segundo.-** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Tercero.-** En firme esta providencia remítase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegòn Ortegòn

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333500820150018901  
Demandante : **Agripina Medina González**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reconocimiento pensión sobreviviente 50%

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las señoras Guiomar Azucena Rodríguez López y Ana Beatriz Navarrete (folios 362 a 371), contra la sentencia de 30 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual, accedió a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (folios 55 a 61) La señora Agripina Medina González a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, a fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 304664 del 1 de septiembre de 2014, en cuanto dejó en suspenso el 50% de la pensión sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del causante Nelson Rene Rocha Lozano hasta tanto se resolviera la controversia suscitada entre las señoras Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa.

Solicitó que se declare que la demandante es la beneficiaria del 50% de la pensión del causante Nelson Rene Rocha Lozano.

Como consecuencia de lo anterior solicitó que se ordene a la demandada reconocerle y pagarle el 50% de la pensión de sobreviviente del causante Nelson Rene Rocha Lozano a partir del 23 de noviembre de 2013 con los reajustes de ley con la indexación respectiva.

Igualmente, solicita que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.

**Demanda de reconvención.** (Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa 1 a 4 y 3 y 4) solicitó la declaratoria de nulidad de:

La Resolución GNR 105284 del 21 de marzo de 2014, de la Administradora de Pensiones Colpensiones, por el cual se negó el reconocimiento del auxilio funerario solicitado con ocasión del fallecimiento del señor Rene Rocha Lozano.

Y las Resoluciones GNR 304664 del 1 de septiembre de 2014, VPB 54377 del 28 de julio de 2015 y GNR 269325 del 12 de septiembre de 2016.

Como consecuencia petitionó que se le reconozca y pague i) la pensión de sobrevivientes y sus derechos asociados y subsidiarios al reconocimiento principal, en su calidad de compañera del causante Nelson Rene Rocha Lozano en la parte proporcional del 50% suma de dinero debidamente indexada; ii) se cancelen intereses moratorios y corrientes; y iii) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.

**Fundamentos fácticos.** La parte demandante relató como soporte del presente medio de control los siguientes hechos:

El causante Nelson Rene Rocha Lozano laboró como docente de la Universidad Distrital entre el 10 de junio de 1976 al 23 de noviembre de 2013.

El causante contrajo matrimonio con ella el día 17 de noviembre de 1973, del cual nacieron dos hijos.

El causante tuvo como hijos extramatrimoniales a Heric Rocha Ortiz quien es mayor de edad y José David Rocha Posada.

El causante falleció el 23 de noviembre de 2013, cuando ya tenía derecho al

reconocimiento pensional.

Las señoras Lida Mayerly Posada Parra (en representación de José David Rocha Posada), Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, solicitaron ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión sobreviviente del causante.

Mediante la Resolución GNR 304664 Colpensiones resolvió reconocer y ordenar el pago del 50% de la pensión sobreviviente a favor del menor José David Rocha Posada y dejó en suspenso el restante 50% hasta tanto se resolviera el conflicto existente entre las señoras Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, quienes alegan su condición de beneficiarias de dicho derecho prestacional.

**Hechos demanda de reconvención.** (Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa folios 1 a 4) como soporte del presente medio de control narró lo siguiente:

Entre ella y Rocha Lozano Nelson Rene se dio una unión marital de hecho entre sí.

Sus profesiones u ocupación de hogar y empleado bajo el mismo techo desde hace dos años y nueve meses.

De dicha unión marital de hecho no hubo descendencia. Ella dependía económicamente de Nelson Rene Rocha Lozano, para todos sus gastos.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas vulneradas el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que a la demandada Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, no le corresponde ninguna cuota de la pensión de sobreviviente con lugar al fallecimiento del señor Nelson Rene Rocha Lozano, por cuanto de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para que una compañera tenga derecho a una cuota de la pensión de sobreviviente y la prestacional total, debe acreditar que convivió con el causante durante 5

años anteriores a su fallecimiento y como la demandada Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, dejó consignado en la reclamación de prestaciones sociales y cesantías «*que convivió en unión libre y bajo el mismo techo con el causante 2 años y 9 meses*» no cumple con el requisito de los 5 años de convivencia que exige la norma.

**Concepto de violación demanda de reconvención** (Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa folios 1 a 4). Citó como normas violadas los artículos 1, 2, 23, 25 y 53 de la Constitución Política; la Ley 797 de 2003 concordante con la Ley 100 de 1993, que definió quien se subroga en los derechos de la pensión de Rocha Lozano Nelson Rene y como soporte los precedentes jurisprudenciales de sentencias radicados 22560 de 5 de abril de 2005; 30667 del 22 de noviembre de 2007.

*Adujo que «Como [no] se trata de una impugnación de un acto administrativo, sino la decisión en que a derecho corresponda sobre la Resolución GNR 30664 del 1 de septiembre de 2014, expedida por Colpensiones, a efectos de que la justicia determine, no solo la competencia, sino la parcelación o cuotas partes de las partes involucradas, obvio sin incluir al menor de edad, pues ya se le reconoció el respectivo derecho y ley. Por tanto, sobraría la aplicación pertinente del concepto de violación.» (sic).*

#### **Contestación de la demanda. -**

**Colpensiones** (folios 122 a 127). La entidad demandada se opuso a todas las pretensiones esbozadas por la parte actora, al considerar que al estudiar el caso que nos ocupa encontró que la pensión de la señora Agripina Medina González se ajustó plenamente a las normas y disposiciones legales vigentes.

Además, propuso las excepciones de «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe», «compensación», y «genérica o innominada».

**Litisconsorcio necesario Ana Beatriz Navarrete** (folios 203 a 209). Considera que tiene derecho como compañera permanente del señor Nelson Rene Rocha Lozano a la pensión sobreviviente por haber convivido más de 20 años antes de su fallecimiento con él.

Señaló que la estabilidad en el empleo es una de las garantías sustanciales para el empleado y su núcleo familiar, un valor superior, pues en un medio donde el Estado es el mayor empleador y en el que los servidores públicos son pieza fundamental para la eficiente prestación del servicio oficial, resulta incuestionable que quien atiende sus funciones con honradez, eficiencia y lealtad y por tanto contribuye decisivamente al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, debe estar amparado en lo que tiene que ver con su permanencia en el trabajo y por ello mismo, en su derecho de percibir los salarios y prestaciones que le permitan atender decorosamente sus obligaciones personales y familiares.

Además, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado e imposibilidad de reconocer el derecho.

#### **Contestación de la demanda de reconvención. -**

**Agripina Medina González** (folios 33 a 36). Explicó que en el caso que nos ocupa, la normatividad aplicable es el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece que la compañera o compañero permanente del causante debe acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, y téngase en cuenta que la demandante en reconvención la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa manifiesta en el capítulo de los hechos u omisiones de la acción en el hecho ii haber convivido con el señor Rene Rocha Lozano (q.e.p.d.) dos años y nueve meses.

Asimismo, concluyó que la demandante en reconvención no convivió 5 años con el causante y por tanto, no reúne requisitos para ser beneficiaria de la pensión sobreviviente. Finalmente propuso la excepción de falta de convivencia simultánea.

**Ana Beatriz Navarrete** (folios 43 a 48). Se opuso a la nulidad de las resoluciones demandadas argumentando que « [...] como se ha manifestado en la demanda que ha presentado mi mandante para hacerse parte dentro del proceso, se solicita que sea a ella Ana Beatriz Navarrete, como compañera permanente del señor Nelson Rene Rocha Lozano, por haber convivido con él por más de 10 años para la fecha de su fallecimiento, con su

*respectivo retroactivo, dichas sumas a las cuales sea condenada la demandada, deberán ser indexadas teniendo en cuenta para ello la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana entre la fecha en que se causaron esas acreencias y la fecha del pago de las mismas, certificadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) respecto del IPC.».*

**Colpensiones** (folios 109 a 115). Indicó que para acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes se debe acreditar la correspondiente convivencia entre el causante y el solicitante en un tiempo no menor de cinco (5) años anteriores a la muerte del beneficiario de la pensión de vejez, situación que no se presenta en el caso que nos atañe, dado que la señora Guiomar Azucena Rodríguez López, no acredita probatoriamente en la demanda la correspondiente convivencia requerida por la norma, con el causante

Asimismo, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, no pago de intereses moratorios y genérica.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 30 de agosto de 2018 (fs 348 a 357), accedió a las pretensiones de la demanda principal al considerar que « [...] en el matrimonio entre el señor Rocha Lozano (q.e.p.d) y la señora Agripina Medina González no operó la liquidación de la sociedad conyugal, se tiene que ante la ley la pareja se separó de cuerpos pero no se rompió el vínculo patrimonial evento que fue confirmado por la Jurisdicción de Familia donde a través de decisión judicial del 11 de agosto de 2016, el Juzgado Treinta y Dos de Familia de Bogotá, declaró la existencia de la unión marital de hechos entre compañeros permanentes de Guiomar Azucena Rodríguez López y Nelson Rene Rocha Lozano, entre el 28 de febrero de 2011 y el 23 de noviembre de 2013.»

Resaltó que «[...] frente a la declaración de sociedad patrimonial entre las partes en comento, esta fue negada por existir un vínculo vigente anterior y ante la improcedencia de declararse una nueva con partes concurrentes en una sociedad no disuelta.»

«Asimismo, respecto de la señora Ana Beatriz Navarrete, si bien es cierto que existió una

*convivencia mayor a los cinco (5) años con el causante, este tiempo no tuvo la virtualidad de ser los últimos años de vida o antes del fallecimiento del señor Rocha Lozano por lo que para contestar a la demanda de reconversión propuesta serán negadas las pretensiones de su demanda.»*

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior sentencia, los apoderados de las señoras Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Ana Beatriz Navarrete interpusieron recursos de apelación así:

**Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa.-** (folios 362 a 367) Manifestó que quedó demostrado con fotografías los viajes del causante con Ana Beatriz Navarrete desde el año 2000 y con las sentencias judiciales que a partir de ese año la unión marital estaba pasando por un deterioro del cual difícilmente se repondría «[...] *sin embargo reposa documental que Colpensiones presentó que no convivía la señora Navarrete, con Rene Rocha durante los últimos cinco (05) años, por las visitas sociales realizadas interinamente por funcionarios a la entidad, a quien solicitaba la sustitución pensional*».

Considera que se debe tener en cuenta la argumentación de Colpensiones en torno a que la señora Agripina Medina González no convivió durante los últimos cinco (5) años con el señor Nelson Rene Rocha Lozano, por lo que considera que el a quo se equivoca en su hipótesis de que la cónyuge reúne los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, incurre en una apreciación falsa de potestad de restringir el acceso a la justicia de las personas y el derecho de defensa a través de la teoría de los móviles y finalidades.

Concluyó que «[...] *en el caso bajo examen hay dos grupos de personas o situaciones que se pueden comparar Agripina Medina cónyuge y mi prohijada en tiempo a los cinco años y, por consiguiente, no puede el ad quo resolver la demanda sobre una sola hipótesis, pues lesionaría el precitado principio, debiendo contextualizar no solo el 47, sino la Ley 100 de 1993 al reglamentar en los artículos 46, 47, 48, 49, 73 y 74 con la articulación de la Ley 12 de 1975. Lo cual si la hipótesis hubiese sido completa, se señalaría una pensión sustitutiva temporal y no en forma vital, en razón a la exequibilidad condicional interpretada por la Corte Constitucional y regla de precedentes jurisprudenciales, a quienes tengan derecho.*»

**Ana Beatriz Navarrete.-** (folios 368 a 371) Afirmó que existió por parte del juez de primera instancia un caso clásico de infracción directa de la ley, falsa motivación y de violación de derechos fundamentales constitucionales ya que el juzgado logró probar la relación de pareja y convivencia que hubo entre el causante y la señora Ana Beatriz Navarrete sin embargo reconoció la pensión a la señora Agripina Medina, quien llevaba más de 20 años sin convivir con el causante, y negar el reconocimiento pretendido debido a que su convivencia no fue en los 5 años inmediatamente anteriores a su deceso.

Aseguró que la interpretación realizada por el Juzgado se apartó de la finalidad de la normatividad aplicable que para el caso es la Ley 797 de 2003, pues la norma dicta que se debe conceder proporcionalmente la pensión en caso de existir cónyuge supérstite, y compañera permanente que haya convivido con el causante durante más de 5 años, durante cualquier tiempo.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 4 de octubre de 2018 (f.378 y 379) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 16 de noviembre de 2018 (f.384); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 12 de abril de 2019 (folio 286), para que aquellas alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes así:

**Parte demandante.** - (folios 310 a 316) Alegó que el señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d) jamás se separó legalmente de la señora Agripina Medina González su cónyuge supérstite; por ello a la única que le asiste el derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente de acuerdo con lo consignado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, es a ella.

Consideró que en el caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre la cónyuge y una compañera permanente la beneficiaria de la pensión de sobreviviente será la esposa, para el caso que nos reúne hoy ninguna de las señoras de la pasiva reúne tal requisito (ni la convivencia simultánea ni mucho menos los 5 años), por tal razón la única beneficiaria de la pensión es la esposa, y máxime que la señora Ana Beatriz nunca ha sido declarada como compañera permanente.

**Colpensiones.** - (folios 317 a 320) Expuso que las pretensiones de la demanda principal y las de reconversión no están llamadas a prosperar, toda vez que las accionantes, la señora Agripina Medina en calidad de cónyuge supérstite y por otro lado las señoras Guiomar Azucena Rodríguez y Ana Beatriz Navarrete en calidad de compañeras permanentes, no cumplen con los requisitos exigidos en la norma para ser beneficiarias de la mencionada prestación económica.

Señaló que *«Para el caso de la demandante se produjo dos decisiones legales una mediante el fallo judicial del 22 de agosto de 2001 donde el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda instaurada por el causante quien solicitaba cesación de efectos civiles del matrimonio católico, la disolución de la sociedad conyugal y declarar su liquidación con anotaciones en registro como quiera que el juez concluyó que no se daba los presupuestos legales para decretar que la demandada había incumplido y en su lugar se estableció que era el demandante quien por el contrario daba muestras de su incumplimiento como pareja.»*

Narró *«En segundo lugar, en sentencia del 19 de octubre de 2001, el Juzgado Once de Familia del Circuito de Bogotá, en proceso de alimentos condena al señor Rocha Lozano a pagar el 10% del sueldo devengado como cuota alimentaria a la señora Agripina Medina y Linda Bibiana Rocha.»*

Concluyó que *«Lo anterior muestra la situación precaria de la relación de la señora Agripina y el difunto, adicionalmente las declaraciones extrajuicio, rendidas por las hermanas del causante, Lilianne Astrid Rocha Lozano y Jeannette Rocha Lozano, en las cuales indican que el señor Nelson Rene Rocha Lozano (causante) y la demandante no convivían desde aproximadamente 17 años.»*

**Ana Beatriz Navarrete.-** (folios 322 a 325) indicó que la interpretación realizada por el Juzgado se aparta de la finalidad de la normatividad aplicable que para el caso es la Ley 797 de 2003, pues la norma dicta que se debe conceder proporcionalmente la pensión en caso de existir cónyuge supérstite, y compañera permanente que haya convivido con el causante durante más de 5 años, durante cualquier tiempo, cualquier otra interpretación resultaría discriminatoria, y excluyente de los demás tipos de familia que no sean las que se encuentran unidas por vínculo matrimonial.

*Y concluyó aclarando que « [...] dentro del presente proceso no se dio convivencia simultanea entre el señor causante, y en su cónyuge durante sus últimos años de vida, pues el dejo de convivir con la señora AGRIPINA MEDINA desde hace más de 20 años, sin haber entablado posteriormente convivencia alguna, razón por la cual la decisión del juzgado, además de discriminatoria, resulta ilegal, debido a que no existió convivencia con la señora Agripina por más de 5 años, o por lo menos, no fue demostrado en el proceso.»*

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Cuestión previa.-** En relación con la demanda de reconvención presentada por la señora Ana Beatriz Navarrete, esta Sala comparte el criterio expuesto por el juez de primera instancia en cuanto a no tener en cuenta la demanda de reconvención de la citada señora, sino de atender su participación como una tercera, ya que en este caso el debate jurídico se originó en la negativa de Colpensiones de reconocerle la pensión sobreviviente del causante Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d) a las señoras Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez.

**Problemas jurídicos.** - Se contrae a determinar dos problemas jurídicos así:

¿Si a la señora Agripina Medina González en su alegada calidad de cónyuge supérstite del señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d) le asiste derecho de reclamar ante la

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la pensión sobreviviente del causante?

¿Si a la demandante en reconvención señora Guiomar Azucena Rodríguez en su invocada calidad de compañera permanente del señor Nelson Rene Rocha Lozano (q. e.p.d) le asiste derecho de reclamar ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, la pensión sobreviviente del causante?

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se **accederá** a las súplicas de la demanda principal, por cuanto se desvirtuó la legalidad de los actos administrativos demandados, en los términos que se pasan a estudiar, así: **i)** marco normativo de la sustitución pensional; **ii)** de lo probado en el proceso; **iii)** caso concreto: **a)** convivencia de los últimos 5 años; **b)** de la disolución de la sociedad conyugal; **iv)** conclusiones; y **v)** condena en costas.

**i) Marco normativo.** - El artículo 1° de la Ley 12 de 1975<sup>1</sup>, prevé la sustitución pensional para el cónyuge sobreviviente o el compañero o compañera permanente, conforme con el siguiente tenor literal:

*«El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge [...]»*

La Ley 113 de 1985<sup>2</sup>, prevé lo siguiente:

*«Artículo 1. Para los efectos del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte.*

*[...]*

*ARTICULO 2. Se extienden las previsiones del artículo 1 de la Ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida».*

Por su parte el Decreto 1160 de 1989<sup>3</sup>, preceptúa:

<sup>1</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.

<sup>2</sup> Por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones

<sup>3</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

*«ARTICULO 7. Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, (cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos) o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.*

*[...]*».

El aparte entre paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia de 8 de julio de 1993, Exp. 4583 M.P. Clara Forero de Castro, en la que se dijo:

*«[...]*

***Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge supérstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.***

*Cosa distinta es, que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual serán estas circunstancias las que impidan la sustitución, más no el sólo hecho de la separación de bienes o de cuerpos.*

*[...]*» (resalta la Sala)

A su vez, el artículo 12 del Decreto 1160 de 1989, prevé lo siguiente:

***«Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente (a quien ostente el estado civil de soltero) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales [...]».*** El aparte entre paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia de 8 de julio de 1993, Exp. 4583 M.P. Clara Forero de Castro»

El artículo 13 ibídem estableció la prueba de la calidad de compañero permanente, con siguiente tenor literal:

*«Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar».*

Entre tanto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

<b>En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).</b>

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados **INEXEQUIBLES**> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;** y, los hijos inválidos si dependían económicamente del

~~causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

**PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil».

Posteriormente, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, quedaron así:

**«ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

[...]

**PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

**ARTÍCULO 13.** Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o

*compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

*c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;** y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

*d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;*

*e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

**PARÁGRAFO.** *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.».*

## ii) Recuento del material probatorio. -

- Resolución GNR 304664 del 1 de septiembre de 2014, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en la que reconoció y ordenó el pago de una pensión sobreviviente con ocasión del fallecimiento de Nelson Rene Rocha Lozano, a partir del 23 de noviembre de 2013; al menor José David Rocha Posada en un porcentaje del 50% hasta el día 17 de mayo de 2022 día anterior al cumplimiento de su mayoría de edad, y el restante 50% quedó suspendido respecto de la pensión que reclamaron las señoras Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Agripina Medina González (folios 9 a 18, 49 a 53).
- Resolución GNR 97073 del 31 de marzo de 2015, emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por la cual se modificó la Resolución 304664 del 1 de septiembre de 2014, en el sentido de reconocer pensión de vejez postmortem del asegurado Nelson Rene Rocha Lozano a partir del 23 de noviembre de 2013, a su menor hijo en un porcentaje del 50%, y dejó en suspenso el otro 50% del derecho respecto a la pensión de sobreviviente que le pudiese corresponder a la señora Agripina Medina González y decidió negar dicho reconocimiento a la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa (folios 87 a 91).
- Resolución VPB 54377 del 28 de julio de 2015 expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por la cual se resuelve un recurso de apelación, en el que se decidió confirmar la Resolución GNR 97073 del 31 de marzo de 2015, que reconoció una pensión postmortem y modificó la Resolución 304664 del 1 de septiembre de 2014 (folios 12 a 15 cuaderno de reconvención I).
- Registro Civil de Nacimiento N° 01312143 de Claudia Diana Celina Rocha Medina en el que consta que nació el 18 de noviembre de 1974 y que es hija de Agripina Medina González y Nelson Rene Rocha Lozano (folio 19).
- Registro Civil de Nacimiento N° 21031524 de Linda Bibiana Rocha Medina en el que consta que nació el 28 de marzo de 1978 y que es hija de Agripina Medina González y Nelson Rene Rocha Lozano (folio 20).

- Registro Civil de Defunción 08547017 del señor Nelson Rene Rocha Lozano, el que se evidencia que falleció el 23 de noviembre de 2013 (folio 21).
- Registro civil de matrimonio entre la señora Agripina Medina González y el señor Nelson Rene Rocha Lozano de fecha 17 de noviembre de 1973 (folio 22).
- Acta de Matrimonio AA- 687061 de la Arquidiócesis de Bogotá, en la que consta que, en la Parroquia de los Santos Ángeles Custodios, a 17 de noviembre de 1973 el R.P. Pablo Bruggeman, se llevó a cabo el matrimonio entre el señor Nelson Rene Rocha Lozano y la señora Agripina Medina González (folio 23).
- Resolución N° 106 del 25 de abril de 2014 por la cual la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, reconoció al señor Nelson Rocha Lozano (q.e.p.d), la suma de \$ 16.877.963 por concepto de prestaciones sociales (folios 24 a 27).
- Resolución N° 107 del 25 de abril de 2014 por la cual la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, reconoció cesantías definitivas al señor Nelson Rocha Lozano (q.e.p.d), por la suma de \$ 200.332.368 por concepto de cesantías definitivas. En dicho acto se ordenó constituir un depósito judicial en el Banco Agrario de Colombia S.A., correspondiente al 50% del total de las cesantías hasta tanto se resuelva el debate existente entre las señoras Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Agripina Medina González (folios 28 a 34).
- Declaración juramentada N° 0298 del 29 de febrero de 2016, rendida por el señor Julio Roberto Fernández Bonilla ante el Notario Treinta y Nueve (39) del Circulo de Bogotá, en la que declaró que los señores Nelson Rene Rocha Lozano y Ana Beatriz Navarrete hicieron vida marital, convivieron como pareja en unión libre, compartieron techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida por más de 10 años hasta enero de 2011 (folio 174).
- Declaración juramentada N° 0299 del 29 de febrero de 2016, rendida por el señor Germán Ordoñez Pinzón ante el Notario Treinta y Nueve (39) del Circulo de Bogotá, en la que narró que los señores Ana Beatriz Navarrete y Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), convivieron compartieron lecho, techo y mesa de manera permanente e ininterrumpida, por más de 10 años hasta enero de 2011, no hubo

hijos (folio 176).

- Declaración N° 0089 del 26 de febrero de 2016, rendida por la señora Libia Marina Portilla Martínez ante la Notaria Treinta y Tres (33) en la que expuso que conoce de vista, trato y comunicación desde hace 48 años a la señora Ana Beatriz Navarrete, que le consta que convivió en forma permanente e ininterrumpida por más de 10 años con el señor Nelson Rene Roche Lozano, quien falleció el 23 de noviembre de 2013 en la ciudad de Bogotá sin que procrearan hijos (folio 179).
- Declaración N° 140 del 26 de febrero de 2016, en la que Teodolinda Guerrero Avellaneda relató ante la Notaria Treinta y Tres (33) que conoce de vista, trato y comunicación desde el año 1992 a la señora Ana Beatriz Navarrete, que le consta que convivió en forma permanente e ininterrumpida por más de 10 años con el señor Nelson Rene Roche Lozano, quien falleció el 23 de noviembre de 2013 en la ciudad de Bogotá sin que procrearan hijos (folio 180).
- Declaración extra juicio N° 279 del 26 de febrero de 2016, en la que Víctor Álvaro Ayala Guevara contó ante la Notaria Treinta y Tres (33) que conoce de vista, trato y comunicación desde el año 1998 a la señora Ana Beatriz Navarrete, que le consta que convivió en forma permanente e ininterrumpida por más de 10 años con el señor Nelson Rene Roche Lozano, quien falleció el 23 de noviembre de 2013 en la ciudad de Bogotá sin que procrearan hijos (folio 182).
- Fallo del 22 de agosto de 2001 proferido por el Juzgado Octavo de Familia dentro del proceso de divorcio promovido por el señor Nelson Rene Rocha Lozano contra Agripina Medina González, en dicha providencia se negaron las pretensiones de la demanda (folios 219 a 223).
- Acta de Audiencia de fallo del 31 de enero de 2017, en la que el Tribunal Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Familia confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos de Familia el 11 de agosto de 2016, en lo que fue objeto de recurso de apelación (folios 242 y 243).

- Registro civil de nacimiento del señor Nelson Rene Rocha Lozano, en el que consta que nació el 26 de julio de 1966 (folio 34).
- Registro civil de nacimiento de Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa en el que consta que nació el 15 de septiembre de 1967, con nota marginal que dice «*Mediante sentencia del 11 de agosto de 2016 Oficio N 0583, proferido por el Juzgado 32 de Familia de Bogotá, se declaró la existencia de unión marital de hecho entre la inscrita y el señor Nelson Rene Rocha Lozano entre el 28 de febrero de 2011 y el 23 de noviembre de 2013.*» (folio 251).
- Declaración extra juicio del 25 de noviembre de 2013, rendida por la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, en la que declaró que convivió en unión marital de hecho de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo mesa, techo y lecho «*desde el día 28 de enero de 2011, hasta el día 23 de noviembre de 2013, con el señor Rocha Lozano Nelson Rene ... fallecido el día 23 de noviembre de 2013, fecha de su deceso, de cuya unión no se procrearon hijos, yo aportaba a la unión una hija ANGIE ESTEFANIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, de 8 años de edad y junto con mi hija dependíamos económicamente de mi compañero permanente el señor NELSON RENE ROCHA LOZANO en un 100% para todos nuestros gastos*» (folio 298).
- Declaración extra juicio del 25 de noviembre de 2013, rendida por Lida Adriana Parra González, en la que señaló que conoció de vista trato y comunicación hace 5 años aproximadamente a la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y le consta que convivió en unión marital de hecho de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo mesa, techo y lecho desde el día 28 de enero de 2011 hasta el 23 de noviembre de 2013, con el señor Rocha Lozano Nelson Rene fallecido el 23 de noviembre de 2013 (folio 327).
- Declaración extra juicio del 26 de noviembre de 2013, rendida por José Leonardo Cardozo Gómez, en la que narró que conoció de vista trato y comunicación hace 3 años aproximadamente a la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y le consta que convivió en unión marital de hecho de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo mesa, techo y lecho desde el día 28 de

enero de 2011 hasta el 23 de noviembre de 2013, con el señor Rocha Lozano Nelson Rene fallecido el 23 de noviembre de 2013 (folio 329).

- Declaración extra juicio del 6 de diciembre de 2013, rendida por Alfonso Triana Carmen Silvia, en la que narró que conoció de vista trato y comunicación hace 3 años aproximadamente a la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y le consta que convivió en unión marital de hecho de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo mesa, techo y lecho desde el día 28 de enero de 2011 hasta el 23 de noviembre de 2013, con el señor Rocha Lozano Nelson Rene fallecido el 23 de noviembre de 2013 (folio 331).
- Declaración extra juicio del 25 de noviembre de 2013, rendida por Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, en la que declaró que convivió *«en unión marital de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo mesa, techo y lecho desde el día 28 de enero de 2011, hasta el 23 de noviembre de 2013 con el señor ROCHA LOZANO NELSON RENE...fallecido el día 23 de noviembre de 2013, fecha de su deceso, de cuya unión no se procrearon hijos, yo aportaba a la unión una hija»* (folio 333).
- Registro fotográfico en el que aparecen en diferentes eventos la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y el señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d) (folios 335 a 346).
- Declaración con fines extraprocesales N° 2791 del 6 de noviembre de 2013, rendida por los señores Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Nelson Rene Rocha Lozano, de estado civil solteros con unión marital de hecho entre sí, en la que declararon que convivieron en unión libre y bajo el mismo techo desde hace dos años y nueve meses, de cuya unión no tenemos hijos y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, depende económicamente de Nelson Rene Rocha Lozano en un 100% para todos sus gastos (folio 5 Cuaderno de reconversión I).
- Resolución GNR 105284 del 21 de marzo de 2014, proferida por la

Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por medio de la cual se negó el reconocimiento de un auxilio funerario reclamado por la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa con ocasión del fallecimiento del señor Nelson Rene Rocha Lozano (folios 17 a 19 cuaderno de reconvención I).

- Resolución GNR 269325 del 12 de septiembre de 2016 emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por la cual se rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución VPB 54377 del 28 de julio de 2015, solicitada por la señora Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa (folios 27 a 29 cuaderno de reconvención I).
- Declaración juramentada N 1197 del 12 de septiembre de 2016, en la que la señora Lady Carolina Rojas Cortes declaró bajo juramento que de toda la vida conoció a la señora Ana Beatriz Navarrete y que desde que tiene conocimiento le consta que ella convivió compartió techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida con el señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), desde diciembre de 1999 hasta enero del año 2011, sin que hubiera hijos de esa unión (folio 49 cuaderno de reconvención I).
- Declaración juramentada N° 3172 del 12 de septiembre de 2016 en la que los señores José Luis Trujillo Guio y Marlene Florinda Sanabria de Trujillo manifestaron ante la Notaria Setenta (70) de Bogotá, que conocieron al señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), fallecido el 23 de noviembre de 2013, quien era soltero con unión marital de hecho con la señora Ana Beatriz Navarrete, pareja del causante por más de 10 años, sin que de esa relación se hubieran procreado hijos (folio 51 cuaderno de reconvención I).
- Declaración juramentada N° 0930 rendida el 19 de julio de 2016 por el señor Desiderio Scarpetta Rojas en su calidad de vigilante del Edificio ALPHA 2, ubicado en la carrera 15 N° 119-66 de la ciudad de Bogotá en la que declaró que conoció de vista trato y comunicación desde febrero de 2008 a la señora Ana Beatriz Navarrete y le consta que ella convivió de manera permanente e ininterrumpida con el señor Nelson Rene Rocha Lozano desde febrero de 2008 hasta principios de 2011, y que le consta que ellos tomaron en arriendo el

apartamento 201 de propiedad de la señora Carmen Alfonso (folio 54 cuaderno de reconversión I).

- Declaración juramentada del 19 de julio de 2016 rendida por Joaquín Antonio Aguirre Ángel, de ocupación vigilante afirmó que conoció de trato vista y comunicación a la señora Ana Beatriz Navarrete y que le consta que ella convivió con el señor Nelson Rene Rocha Lozano como pareja en unión libre en el apartamento 201 desde febrero de 2008 hasta principios del año 2011 (folio 56 cuaderno de reconversión I).
- Contrato de arrendamiento de vivienda urbana celebrado entre la señora Carmen Silvia Alfonso Triana y Nelson Rene Rocha Lozano, por el apartamento 201 ubicado en la avenida 15 número 119-66, la primera en calidad de propietaria y el segundo de arrendatario (folio 73 cuaderno de reconversión I).
- Fotos de la señora Ana Beatriz Navarrete, con el señor Nelson Rene Rocha Lozano, compartiendo en diferentes fechas y lugares turísticos como pareja (folios 85 a 108 cuaderno de reconversión I).

**iii) Caso concreto.** - De la demanda que dio lugar a este proceso se desprende que la señora Agripina Medina González solicita el reconocimiento y pago de la pensión sobreviviente del causante Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), en su alegada calidad de cónyuge supérstite.

Del acervo probatorio se tiene que la señora Guiomar Azucena Rodríguez López también solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sobreviviente del causante Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), invocando la calidad de compañera permanente. En razón a ello presentó demanda de reconversión.

Con ocasión a lo anterior, y atendiendo que las dos peticionarias acudieron ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a fin de que les fuera reconocida la pensión del causante, la entidad demandada mediante la Resolución GNR 304664 del 1 de septiembre de 2014 resolvió de una parte reconocer el 50% de dicho derecho prestacional a nombre de José David Rocha Posada en calidad de hijo menor de edad del señor Nelson

Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), y de otra parte decidió dejar en suspenso el restante 50% de dicha pensión hasta tanto la justicia definiera cuál de las dos solicitantes (Agripina Medina González o Guiomar Azucena Rodríguez López) era la beneficiaria de ese derecho pensional.

Del análisis de las pretensiones se observa que la señora Agripina Medina González en su calidad de demandante principal solicitó únicamente la nulidad de la Resolución GNR 304664, pese a que dicho acto fue recurrido en recurso de reposición y apelación los cuales fueron resueltos a través de los actos administrativos GNR 97073 del 31 de marzo de 2015 y VPB 543 del 28 de julio de 2015. Al respecto se evidencia que el *a quo* en etapa de saneamiento de la audiencia inicial celebrada el día 30 de noviembre de 2017 (folios 256 a 260), decidió tener por demandados los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación, aspecto que comparte esta Sala de Decisión, ya que como bien lo expuso el juez de primera instancia, el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, establece que si el acto fue objeto de recursos se entienden demandados los que lo resolvieron.

De otro lado, del análisis integral del proceso se observa que las señoras Guiomar Azucena Rodríguez López y Ana Beatriz Navarrete presentaron demanda de reconvención con el propósito de ser reconocidas como las beneficiarias de la pensión sobreviviente del señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), en sus invocadas calidades de compañeras permanentes.

Sobre el derecho reclamado por la señora Ana Beatriz Navarrete se evidencia que ya existió un pronunciamiento por parte del juez de primera instancia en la que decidió tener por no presentada la demanda de reconvención interpuesta por la precitada señora en atención a que la misma no reunía los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 (folios 256 a 260). Sin embargo, el *a quo* con la intención de no desconocer los derechos de la reclamante, la tuvo como litisconsorte necesaria en aras de garantizar un debido proceso.

Una vez expuesta la situación fáctica del caso bajo examen, se entra a resolver el caso concreto así:

**Para desatar el problema jurídico**, resulta fundamental definir si a las dos partes accionantes del proceso, estas son, Agripina Medina González como demandante principal y Guiomar Azucena Rodríguez como demandante en reconversión, les asiste el derecho para ser beneficiarias de la prestación del causante, por lo que en este punto se pasan a abarcar los siguientes temas así: **a)** factor convivencia; y **b)** disolución de la sociedad conyugal.

**a) Factor convivencia.** - Se debe resaltar que el criterio material de convivencia es reconocido como uno de los factores determinantes por el legislador para tener derecho a la sustitución pensional, por cuanto, el objetivo que persigue la pensión de sobrevivientes es garantizarle al cónyuge o compañero permanente los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte, en este caso, de la pensionada.

Uno de los requisitos esenciales para hacerse beneficiario de una sustitución pensional, es probar la convivencia por más de 5 años, situación que es dable demostrar con testimonios, si no existe algún documento que lo respalde, por lo que el juez en su autonomía tiene la facultad de valorar los testimonios recepcionados dando la credibilidad desde su criterio profesional.

En este caso obra dentro del plenario el registro civil de matrimonio entre la señora Agripina Medina González y el señor Nelson Rene Rocha Lozano de fecha 17 de noviembre de 1973 y el Acta de Matrimonio AA- 687061 de la Arquidiócesis de Bogotá, en la que consta que, en la Parroquia de los Santos Ángeles Custodios, se llevó a cabo dicho matrimonio, el cual a la fecha continua vigente.

Sobre este asunto en particular es preciso indicar que la reciente postura de la Corte Constitucional al respecto es que, en el caso de las esposas, aunque no se pruebe la convivencia permanente y en teoría no se cumpla el requisito de convivencia mínimo de 5 años continuos antes del fallecimiento, el tiempo que estuvieren separados no puede quitarle la mesada ni desconocer los años de matrimonio efectivo.

Además, el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional señaló que en el caso de esposos que nunca se divorciaron el requisito de convivencia pudo ocurrir en cualquier tiempo siempre que el vínculo matrimonial se mantenga vigente, pero que cosa distinta es con los

compañeros permanentes en donde si se exige que hayan vivido juntos 5 años antes del fallecimiento.

Por lo antes dicho, la Sala encuentra que el requisito de convivencia antes del fallecimiento no es exigible de manera estricta para quien ostenta la calidad de legítima esposa como en este caso lo acreditó la señora Agripina Medina González.

Por otro lado, en el expediente obran piezas procesales que dan cuenta que entre la señora Guiomar Azucena Rodríguez López y el señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), existió una convivencia como compañeros permanentes, esto conforme se evidencia de las declaraciones extraprocesales rendidas por los señores Lida Adriana Parra González, José Leonardo Cardozo Gómez y Alfonso Triana Carmen Silva y de las propias declaraciones rendidas por la demandante en reconversión, ya que todos los deponentes coincidieron en afirmar que entre la señora Guiomar Rodríguez y Nelson Rocha concurrió una unión marital de forma permanente, continua e ininterrumpida, en la que compartieron mesa, techo y lecho desde el día 28 de enero de 2011, hasta el 23 de noviembre de 2013, de cuya unión no se procrearon hijos y que la compañera dependía económicamente del causante.

También obra la declaración con fines extraprocesales N° 2791 del 6 de noviembre de 2013, rendida por los señores Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Nelson Rene Rocha Lozano, en la que declararon que convivieron en unión libre y bajo el mismo techo desde hace dos años y nueve meses, de cuya unión no se procrearon hijos y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, dependía económicamente de Nelson Rene Rocha Lozano en un 100% para todos sus gastos. Igualmente, obra un amplio registro fotográfico que demuestra la relación existente entre estos dos compañeros, en los que se les ve felices juntos, con sus familiares y en diferentes paseos.

En ese orden, se tiene que dentro del proceso quedó suficientemente acreditado que entre los señores Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa y Nelson Rene Rocha Lozano, existió una unión marital de hecho por aproximadamente 2 años y nueve meses, es decir, un tiempo inferior al establecido por la ley y jurisprudencia para que coexistan derechos pensionales. Por tanto, en atención a lo expuesto en el acápite normativo de esta providencia se arriba a la conclusión de que la demandante en reconversión no reúne las

condiciones para ser beneficiaria de la pensión sobreviviente del señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), ya que no demostró el requisito de convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento de su compañero.

Finalmente, en cuanto a la situación de la tercera esto es la señora Ana Beatriz Navarrete, se presenta una situación especial ya que si bien es cierto que obran contundentes pruebas de que entre ella y el señor Nelson Rene Rocha Lozano (q.e.p.d), se configuró una unión marital, tales como unos registros fotográficos y las declaraciones de los señores Libia Marina Portilla Martínez, Teodolinda Guerrero Avellaneda, Víctor Álvaro Ayala Guevara, Lady Carolina Rojas Cortes, Desiderio Scarpetta Rojas y Joaquín Antonio Aguirre Ángel que dan cuenta de una unión marital por alrededor de 10 años, también lo es, que el estudio de legalidad de los actos enjuiciados por las dos demandantes no guardan una relación directa con lo perseguido por la señora Ana Beatriz Navarrete.

Para explicar lo anterior se empieza por señalar que el único acto demandado por la demandante principal fue la Resolución GNR 304664 del 1 de septiembre de 2014 que dejó en suspenso la pensión del causante debido a que entre las señoras Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa existía una controversia que debía ser resuelta por la jurisdicción competente. A dicha demanda de nulidad se le sumó las Resoluciones GNR97073 del 31 de marzo de 2015 que modificó la Resolución 304664 en cuanto negó el derecho pensional reclamado por la señora Guiomar Rodríguez y la Resolución VPB 54377 del 28 de julio de 2015 que confirmó la Resolución GNR97073. Dichos actos fueron incluidos dentro de la demanda principal por ser las resoluciones que resolvieron recursos contra el principal conforme se expuso líneas atrás.

Los otros actos que fueron demandados por la demandante en reconvención fueron la Resolución GNR 269325 del 12 de septiembre de 2016 que rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución VPB 54377 y la Resolución VPB 54377 del 28 de julio de 2015 que resolvió un recurso de apelación, en el que se decidió confirmar la Resolución GNR 97073.

Así las cosas, se tiene que del contenido de todos los actos demandados tanto en la demanda principal como en la de reconvención se debaten los derechos de las señoras

Agripina Medina González y Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa, es decir, que de declararse la nulidad de dichos actos los derechos en ellas comprendidos solo las involucrarían a estas y no a la señora Ana Beatriz Navarrete, ya que al haber sido improcedente su demanda de reconvención no tiene pretensiones propias que vayan dirigidas a cuestionar actos administrativos que estudien su caso particular.

En las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho se estudia la legalidad de los actos demandados y las posibles consecuencias de una nulidad son el resultado directo de esa declaratoria de nulidad así que en este caso al evidenciarse que en los actos que fueron demandados se discutió el derecho existente solo entre la demandante principal y la de reconvención los derechos o consecuencias que se deriven de estas demandas solo las cobijan a ellas.

Además de las anteriores consideraciones, se precisa que el acervo probatorio en relación con el caso de la litisconsorte demuestra que la unión marital entre el causante y la señora Ana Beatriz Navarrete no subsistió hasta el momento del fallecimiento del señor Nelson Rene Rocha Lozano, sino que ella terminó en el año 2011, por tanto, la tercera no acreditó el requisito de convivencia 5 años anteriores al fallecimiento para ser beneficiaria de la pensión sobreviviente del causante.

**b) De la disolución de la sociedad conyugal.** - Por otra parte, y una vez estudiado el requisito de convivencia, es pertinente precisar que ha sido postura de esta Sala señalar que la separación de bienes o cuerpos **no** genera la pérdida del derecho pensional.

Lo anterior, por cuanto dentro del proceso obra la demanda de divorcio presentada por el señor Nelson Rene Rocha Lozano contra la señora Agripina Medina González, petición que fue negada por el Juzgado Octavo de Familia, ya que para dicha autoridad jurisdiccional el responsable de la separación fue el demandante y no la demandada.

En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal se precisa que el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, estableció las circunstancias por las cuales el cónyuge sobreviviente perdía el derecho a la sustitución pensional, así:

*«[...] El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho este que se demostrará con prueba sumaria*

*[...]».*

No obstante lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante fallo de 8 de julio de 1993, expediente No. 4583, con ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, declaró nula la frase «*cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos*», por considerar que las leyes sobre sustitución pensional prescriben la pérdida del derecho a la sustitución pensional cuando por culpa del cónyuge sobreviviente cesa la convivencia, o ha contraído nuevas nupcias o hace vida marital, o le impidió el acercamiento al hogar.

En esa oportunidad se consideró que ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge supérstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.

Cosa distinta es, que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual será esta circunstancia la que impida la sustitución, mas no el solo hecho de la separación de bienes o cuerpos.

Así las cosas, se concluye que el derecho a la pensión de sobrevivientes no se pierde por la disolución de la sociedad conyugal, ni por la separación legal y definitiva de cuerpos o bienes, sino por la disolución del vínculo matrimonial la cual según el artículo 152 del Código Civil se da en los siguientes casos:

**«ARTICULO 152. CAUSALES Y EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 5o. de la Ley 25 de 1992.

*El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.  
Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia.*

*En materia del vínculo de los matrimonios religiosos regirán los cánones y normas del correspondiente ordenamiento religioso».*

En ese orden de ideas, se tiene que la señora Agripina Medina González no perdió el derecho a la sustitución pensional, por cuanto siempre mantuvo la calidad de cónyuge supérstite, ya que según lo dispuesto en la normatividad colombiana dicha calidad solo se pierde por la muerte real o por divorcio legalmente decretado.

Finalmente, se trae a colación que en sentencia de fecha 19 de octubre de 2001 el Juzgado Once de Familia del Circuito de Bogotá, en el proceso de alimentos adelantado por la señora Agripina Medina González contra el señor Nelson Rene Rocha Lozano se encontró méritos para imponer a este último pagar el 10% del sueldo que recibía como docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por concepto de cuota alimentaria. Lo que permite inferir una dependencia económica de la cónyuge supérstite con el causante.

**vi) Conclusión de la Sala.** - Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, teniendo en cuenta que la finalidad de la sustitución pensional es la protección de la familia, aplicando criterios de igualdad y justicia, la Sala concederá el derecho a sustituir la pensión del señor Nelson Rene Rocha Lozano a la señora Agripina Medina González, a partir de la fecha del fallecimiento del causante debido a que en este caso no operó la prescripción de mesadas pensionales, ya que el señor Rocha Lozano falleció el 23 de noviembre de 2013; la última resolución que resolvió el recurso de apelación contra el acto que dejó en suspenso el derecho pensional aquí reclamado fue del 28 de julio de 2015 y esta demanda fue presentada en esa misma anualidad, es decir nunca transcurrió más de tres años de inactividad.

**v) De la condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará la providencia recurrida.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero.** - Confirmar la sentencia del 30 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Octavo (8) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda principal dentro del proceso instaurado por la señora Agripina Medina González contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme a las razones expuestas.

**Segundo.** - Sin condena en costas.

Expediente: 11001333500820150018901  
Demandante: Agripina Medina González  
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones y otros  
**Demanda de reconvención**  
Demandante: Guiomar Azucena Rodríguez López de Mesa  
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros

**Tercero.** - Ejecutoriada esta providencia remítase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.

Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado

José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado

LC

Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-029-2015-00897-01  
Demandante : **Manuel Antonio Cortes Susatama**  
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (ugpp)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos, entidad demandada (fs. 117 a 128), parte demandante (fs. 130 a 132) contra la sentencia de 25 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 97 a 113).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 25 a 38). El señor Manuel Antonio Cortes Susatama, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (ugpp), con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Nulidad parcial** - Resolución RDP 004687 de 5 de febrero de 2015, proferida por la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales de la Ugpp, mediante la cual se reliquidó el pago de la pensión de jubilación del demandante, a partir del 7 de octubre de 2011 (fs. 5 y 6).
- Resolución RDP 015731 de 22 de abril de 2015, expedida por la directora de pensiones de la Ugpp, «*por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 4687 del 5 de febrero de 2015*» (sic) confirmándola en todas sus partes (fs. 8 y 9)

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: **i)** reconocer y pagar la pensión de jubilación en cuantía de \$203.519,62 m/cte., efectiva a partir del 6 de agosto de 1993, fecha de adquisición del status pensional por edad; **ii)** pagar la pensión de liquidación en un equivalente al 75% de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, *«dando aplicación al IPC [...] dado que [...] se retiró del servicio el 30 de octubre de 1991, cumpliendo con más de veinte (20) años de servicio, debiendo esperar hasta el 06 de agosto de 1993 fecha en la cual cumplió con el segundo requisito para alcanzar [su] status de pensionado»* conforme a lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y 71 de 1988; **iii)** pagar las diferencias que se generen entre lo que se le ha venido pagando y la sentencia que ponga fin al proceso con la totalidad de factores salariales devengados; **iv)** indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor IPC; **v)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y **vi)** pagar las costas del proceso.

**Fundamentos Fácticos.-** El demandante señaló como soporte del presente medio de control, los siguientes hechos:

Prestó sus servicios al Estado como técnico administrativo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en Bogotá, por más de 20 años, hasta el 30 de octubre de 1991, fecha en la que se retiró del servicio cumpliendo con más de 20 años de servicio *«debiendo esperar hasta el 6 de agosto de 1993, fecha en la cual cumplió con el segundo requisito para alcanzar [su] status de pensionado, tiempo en el cual la mesada pensional perdió [su] valor adquisitivo» (sic).*

Adujo que mediante Resolución 043734 de 16 de diciembre de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) en liquidación, le reconoció el pago de la pensión de jubilación de conformidad a lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

El 7 de octubre de 2014 elevó solicitud ante la Ugpp con el fin de que se revisara la prestación reconocida y se reliquidará teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, así como la indemnización de la primera mesada pensional; inconforme con la

decisión interpuso recurso de apelación, insistiendo que se tuvieran en cuenta en el ingreso base de liquidación, todos los factores devengados, petición que no prosperó.

Resaltó que la entidad al reconocer la pensión de jubilación solo tuvo en cuenta en el IBL la asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados, omitiendo que tenía derecho a que se le tuviera en cuenta la prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de servicios y prima de vacaciones, factores que fueron devengados y certificados por la entidad.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** El accionante citó como disposiciones normativas vulneradas por los actos demandados los artículos 2°, 6°, 25 y 58 de la Constitución Política; de rango legal: 10° del Código Civil; Ley 57 de 1987; Ley 1437 de 2011; 4° de la Ley 4ª de 1976; Ley 5ª de 1969; 3° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 71 de 1988; Decreto 3135 de 1968.

Señaló que la entidad al expedir los actos administrativos acusados vulneró el ordenamiento legal pues nunca se tuvo en cuenta lo solicitado en cuanto a que se deben incluir en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores que devengó durante el último año de prestación de servicios, por ser beneficiario del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993.

Manifestó que no hay alguna disposición del orden Nacional que establezca que los factores salariales demandados no constituyen factor salarial, *«estos pagos entonces, no pueden excluirse de la ley como pretende la entidad demandada, fue un error de la entidad empleadora a través de [su] pagaduría, el no haber descontado los aportes sobre los emolumentos aquí demandados. Así es importante clarificar que los empleados públicos que venían sujetos a los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que [sus] pensiones se liquiden sobre la base de los valores recibidos como retribución de [sus] servicios»* (sic).

Resaltó que la pensión de jubilación se debe liquidar con fundamento en todo lo devengado por el trabajador atendiendo que la remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado como consecuencia de su vinculación laboral, y en el evento que no se hayan

efectuado los descuentos sobre algunos factores no obsta para que no le sean tenidos en cuenta para calcular el valor de su prestación.

Indicó que la entidad al expedir los actos demandados está vulnerando el artículo 58 de la Constitución política, toda vez que: i) la pensión mensual vitalicia de jubilación está tutelada legalmente; b) se cumplen los requisitos legales para ser beneficiario de la prestación; c) no han sido reconocidos en forma íntegra los derechos que adquirió con justo título; y d) los valores reconocidos no han sido indexados.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 49 a 56) La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), mediante escrito de 29 de julio de 2016 dio contestación al medio de control, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos, y otros no; así mismo se opuso a las pretensiones de la demanda al afirmar que los actos demandados gozan de plena legalidad.

Afirmó que la Ugpp al realizar el estudio del caso que nos ocupa, encontró que la negativa sobre la reliquidación pensional basada en la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, se efectuó en estricto cumplimiento de las normas y disposiciones legales previstas para tal fin.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en cuanto al reconocimiento pensional, al indicar que si la persona es beneficiaria del régimen de transición, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, se debe dar aplicación a las reglas expresamente señaladas en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 (edad, tiempo, y tasa de reemplazo del régimen anterior) sin embargo, el IBL (los 10 años o los que le hiciera falta) y factores taxativos (Decreto 1158/94), los establecidos en la Ley 100/93.

Resalto que al demandante se le reconoció la prestación ajustada a derecho, toda vez que se le tuvo en cuenta el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se dio aplicación a lo establecido en la Ley 33 de 1985, por lo que la entidad aduce que no hay lugar a acceder a las pretensiones por no ser procedente y por no tener sustento.

Respecto a la indexación de la primera mesada adujo que no era procedente toda vez que *«al momento de liquidar el valor, se aplica el IPC desde el momento en que adquirió el statu de pensionado y hasta cuando se hace efectivo el reconocimiento»* (sic).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de enero de 2019 (fs. 97 a 113), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda al considerar que:

El demandante adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 33 de 1985, por lo que el ingreso base de liquidación de la prestación se debe realizar con el promedio del salario que sirvió como base para los aportes en el último año de prestación del servicio, tal como lo hizo la entidad demandada, por lo que no prospera esta pretensión.

Respecto a la indexación de la primera mesada indicó que se demostró en el expediente que el demandante se retiró el 30 de octubre de 1991, fecha en la cual ya contaba con más de 20 años de servicio, sin embargo, la edad para adquirir el estatus de pensionado, es decir 55 años, la cumplió el 6 de agosto de 1993, razón por la cual, sólo hasta esa fecha la entidad hizo efectivo su derecho personal, pero no ordenó la actualización de la suma resultante de la liquidación realizada con los factores que se incluyeron.

En ese orden al haber transcurrido más de un año y el salario que sirvió de base para calcular la mesada pensional se encontraba devaluado, es procedente ordenar la indexación de la primera mesada.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, las partes intervinientes en el proceso, interpusieron recurso de apelación, así:

**Parte demandante.-** (fs. 117 a 129) El apoderado del señor Manuel Antonio Cortes Susatama, señaló que para febrero de 1985, mes en que entró a regir la Ley 33 de 1985, el

demandante ya se encontraba dentro de las excepciones previstas en esa norma, es decir, haber cumplido 15 años de servicio, lo que indica que la prestación quedaba regulada por las normas anteriores, se encontraba cobijado por el régimen de transición el cual remite a los factores salariales que taxativamente están enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Por lo que no se debía aplicar para este caso la jurisprudencia de unificación proferida por la Corte Constitucional ni la del Consejo de Estado, toda vez que no es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, *«por el contrario [...] es beneficiario de la transición establecida en la Ley 33 de 1985, al cual no solamente se les aplica los requisitos de tiempo de servicio y edad del régimen anterior, sino también la forma y el modo de realizar la liquidación para efectos de determinar la cuantía de la pensión, por lo tanto [...] se debe aplicar la norma anterior en [su] totalidad»* (sic)

Alegó que no reconocerle la Ley 33 de 1985 en su integridad, es desconocer los derechos laborales adquiridos y el deber general del Estado de respetar las garantías judiciales.

**Entidad demandada.-** (fs. 130 a 132). Mediante memorial de 19 de febrero de 2019, fundamentó su impugnación aduciendo que la pensión que en derecho corresponde a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, es teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicios, y no sobre todos los factores salariales.

Adujo que en las prestaciones de los regímenes especiales no pueden incluirse todos los factores salariales, sino solamente aquellos sobre los cuales se haya realizado aportes, ya que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, excluyendo el ingreso base de liquidación.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos en audiencia de conciliación mediante auto de 9 de abril de 2019 (f. 142) y admitidos por esta Corporación a través de proveído de 16 de julio de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a

las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes, donde se reiteraron los argumentos de la demanda, la contestación de la misma y los recursos de alzada interpuestos. (fs. 152 a 166 y 167 a 169).

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.**- Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.**- Se contrae a determinar, si: **i)** procede la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Manuel Antonio Cortes Susatama, teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicio, conforme al régimen anterior a la Ley 33 de 1985; y **ii)** tiene derecho a la indexación de la primera mesada.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia que **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, por las razones que se pasan a estudiar.

**Marco Jurídico.** Procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución que en derecho corresponda respecto del caso concreto, abarcando los siguientes temas así: **i)** normatividad el régimen pensional (Ley 33 de 1985); **ii)** acervo probatorio; **iii)** caso concreto; **iv)** indexación primera mesada; **v)** condena en costas.

**i) Normatividad régimen pensional Ley 33 de 1985** La Ley 6ª de 1945, reguló la

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

pensión de jubilación para los empleados oficiales del orden nacional, en los siguientes términos:

*«Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*[...]*

*b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes [...].»*

A su vez, la Ley 4ª de 1966, en su artículo 4.º incorporó el monto pensional equivalente a un 75%, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6.ª de 1945, para ello estableció que las pensiones de jubilación o de invalidez se liquidarían tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. Específicamente dispuso:

*«A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.»*

Posteriormente, el Decreto 3135 de 1968, *«Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales»*, en su artículo 27, varió el requisito de la edad de jubilación, en los siguientes términos:

*«El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.»*

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, en sus artículos 7 y 73 concretó el campo de aplicación del Decreto 3135 a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, y el monto de la pensión en el equivalente al 75% de los salarios y primas de toda especie devengados en el último año de servicios, de la siguiente manera:

*«ARTICULO 7º. REGLA GENERAL. 1. Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicarán a los*

*empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la Ley no disponga otra cosa.*

[...]

*ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin» (Subrayado declarado nulo por la sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.).*

Luego, la Ley 33 de 1985, vigente a partir del 13 de febrero de 1985, introdujo un cambio importante a la normativa anterior, en cuanto reguló lo concerniente a la pensión de jubilación para los empleados públicos de todos los órdenes (nacionales y territoriales), aumentó la edad de jubilación para las mujeres y, aunque mantuvo la cuantía de las mesadas pensionales en el 75% del salario promedio, fijó la base de liquidación a los factores sobre los cuales se hizo aportes durante ese último año de servicios. Al respecto, dispuso:

*«ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*

*PARÁGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

*PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

*PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley» [Resalta la Sala].*

En esos términos, se desprende que la Ley 33 de 1985, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Además, dicha norma exceptuó de su aplicación a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; (ii) los empleados oficiales que a la fecha en que entró a regir dicha norma (13 de febrero de 1985), contaran con 15 años de servicio, quienes continuaría con la aplicación de la normativa pero solo frente a la edad de jubilación que regía con anterioridad; y (iii) los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Adicionalmente, se observa que la referida Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Posteriormente, la Ley 62 del 16 de septiembre de 1985, modificó el artículo 3.º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, en el sentido de establecer los factores de salario base para la liquidación de las pensiones de los empleados sujetos a la normativa en comento, de la siguiente manera:

*«ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **Asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados;***

***horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».***

En ese orden de ideas, a los beneficiarios del régimen de la Ley 33 de 1985 y los del régimen anterior, se les debe aplicar, al momento del reconocimiento pensional, las previsiones contenidas en la Ley 62 de 1985, esto es, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios y que se encuentren relacionados en el artículo 1° de la referida Ley 62 de 1985.

**ii) Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados tenemos:

- a) Resolución 043734 de 16 de diciembre de 1993, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció y ordenó el pago a favor del actor de una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 7 de agosto de 1993, equivalente al 75% de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 (fs. 2 y 3).
- b) Resolución RDP 004687 de 5 de febrero de 2015, expedida por la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la Ugpp, mediante la cual se reliquidó la pensión, con efectos fiscales a partir del 7 de octubre de 2001 teniendo en cuenta la prescripción trienal (fs. 4 a 6).
- c) Resolución RDP 015731 de 22 de abril de 2015, expedida por la directora de pensiones de la entidad demandada, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación elevado por el demandante, donde resolvió confirmar en su totalidad la decisión anterior (fs. 8 y 9).
- d) Certificación emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde consta que el señor Manuel Antonio Cortes, devengó durante los años 1989, 1999 y 1991, además de sueldo, los siguientes factores: prima de antigüedad, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones

(fs. 12 y 13).

- e) Derecho de petición radicado el 7 de octubre de 2014 por el señor Manuel Antonio Cortes ante la Ugpp, en el que indicó que acudía ante esa entidad para que fueran revisados y reliquidados todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, es decir, que se incluyeran en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación ya reconocida (fs. 14 a 16).
- f) Recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la Resolución RDP 004687 de 5 de febrero de 2015 (fs. 17 a 23).

**iii) Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el señor Manuel Antonio Cortes Susatama adquirió su status de pensionado el día 6 de agosto de 1993, cuando cumplió 55 años de edad y prestó sus servicios al Estado durante más de 20 años, ingresando el 2 de octubre de 1969, de acuerdo con las certificaciones allegadas y las pruebas documentales, donde consta que laboró, así:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS
MINHACIENDA	2-otc-69	20-abr-71	559
Aduanas Nacionales	22-abr-71	15-sept-73	864
MINHACIENDA	16-sept-73	30-nov-91	625

En tales condiciones, se advierte que si bien el demandante es beneficiario del régimen anterior a la Ley 33 de 1985, por haber laborado 15 años de servicio antes de la expedición de la misma, solo se le aplican las normas anteriores en lo referente a la edad, no obstante, como la consolidación de su status pensional fue en vigencia de la Ley 33 de 1985, se le tendrá en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A», en sentencia del 21 de septiembre de 2006, consejero ponente, doctor Jaime Moreno García, expediente 2002-04260-01, sobre el tema indicó lo siguiente:

*«En este caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor tenía más de 15 años de servicio (fl. 3), es decir que en cuanto a la edad lo regía el régimen anterior (D.L 3135/68).*

*A pesar de que la ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto también se debe aplicar el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.*

*Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-168/95 señaló:*

*'La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador' (Negritas fuera de texto).*

*Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de 'inescindibilidad de la ley' que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.*

*En este caso, la sola aplicación del régimen anterior en cuanto a la edad no beneficia al actor, por cuanto la ley 33 de 1985 estableció el mismo requisito de edad que contemplaba el decreto 3135 de 1968 para los hombres (55 años). Por lo tanto, no tendría ningún sentido estar dentro de éste tránsito normativo, teniendo en cuenta que la finalidad de esta excepción es favorecer de alguna manera al trabajador que tenía próxima su expectativa de pensión.*

*Por lo expuesto, se aplicará el régimen anterior en su integridad».*

Conforme a lo dicho, la Sala realiza un cambio de postura en el presente caso, en lo que respecta a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación, lo anterior debido a que al hacer un examen exhaustivo de la Ley 33 de 1985, en relación con las personas que laboraron 15 años de servicio antes de su expedición, solo se le aplican las normas anteriores en lo referente a la edad, por lo que dada la actual y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se ha realizado un cambio de postura en este aspecto pues solo se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicio que se encuentren enlistados en la Ley 62 de 1985.

Así, la Sala encuentra que no es posible incluir todos los factores, como lo propone el señor Manuel Antonio Cortes Susatama, pues en este caso, el monto de la pensión debe determinarse teniendo en cuenta únicamente los devengados durante el último año de prestación de servicios, siempre que dichos factores hayan servido de base para calcular los aportes y se encuentren relacionados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985<sup>2</sup>.

Ahora, precisado lo anterior y revisado el expediente, la Sala observa que de conformidad con la certificación visible a folio 12, el señor Cortes Susatama, durante su último año de servicios devengó: **sueldo básico, prima de antigüedad**, auxilio de alimentación, **bonificación por servicio**, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad.

De esta manera, se advierte que los factores que el accionante pretende se incluyan en la liquidación de su pensión, esto es, auxilio de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad, no corresponden a los enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, **por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda**, pues la entidad accionada al momento de reconocer y liquidar la pensión del demandante tuvo en cuenta los factores que se encontraban en la normativa mencionada y sobre los cuales se hayan efectuado las respectivas cotizaciones.

En este mismo sentido, se precisa que no hay lugar a ordenar actualizar o indexar valores, así como tampoco a reconocer intereses moratorios, comoquiera que dichas pretensiones se fundamentan en el inconformismo de no haberse incluido todos los factores salariales. Sin embargo, como se explicó en párrafos precedentes, al demandante no le asiste el derecho a reclamar la inclusión de todos los factores, por no estar incluidos en el régimen pensional aplicable a su caso concreto.

---

<sup>2</sup> *ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

#### **iv) De la indexación de la primera mesada**

Sea lo primero advertir que la normativa no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones, sin embargo teniendo en cuenta que nos encontramos en una economía inestable, el Consejo de Estado ha aceptado que la indexación de las obligaciones dinerarias es un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias, pues cualquier reconocimiento sin tener en cuenta el aumento de valor del dinero, resulta inequitativo ya que indiscutiblemente, en algunos casos la pérdida del valor adquisitivo que ocurre entre la fecha en que el pensionado se retira del servicio y la fecha en que adquiere el estatus pensional y/o se reconoce la pensión, hace que la prestación se liquide con montos empobrecidos.

Sobre el particular, la Sección Segunda de esa Corporación en sentencia de 15 de noviembre de 1995, expediente 7760, con ponencia del doctor Joaquín Barreto Ruiz, precisó que la indexación no solo tiene un sustento legal en materia contenciosa administrativa, sino que es un acto de elemental equidad, cuyo soporte constitucional se encuentra en los artículos 48, 53 y 230, en armonía con aquellos conceptos de la Constitución que le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo, por lo que no disponer el ajuste sería no solo un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino también un enriquecimiento sin causa de quien en su negativa de reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiese cancelado en tiempo su obligación.

Así mismo, considera que la indexación legal obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que tratándose de servidores del Estado, castiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

En sentencia del 15 de junio de 2000 del Consejo de Estado<sup>3</sup>, se establecieron las siguientes reglas:

---

<sup>3</sup> Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación: 2926-99

*«No aceptar la indexación del ingreso base del demandante, pretextando que los últimos años no estuvo vinculado laboralmente luego de haber prestado sus servicios, por más de 23 años, y de esa manera reconocer su mesada pensional, con valores deteriorados, constituiría una afrenta a la justicia e iría en contravía de los postulados Constitucionales citados.*

*Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” - derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional».*

Así las cosas, al no existir una ley que regule la materia, es deber del fallador acudir a los criterios auxiliares de justicia y equidad, para evitar que se vulneren los derechos del trabajador en cuanto a que su ingreso laboral, con el transcurrir del tiempo, se convierta en una pensión liquidada sobre sumas desvalorizadas, debido al tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y la adquisición del estatus de pensionado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU-120 de 2003, precisó:

*«La Corte encuentra, entonces, i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.*

*No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’ –artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.*

*En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.*

*De modo que en su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los accionantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, la accionada tenía que proceder como lo indican las normas*

*relativas al tema, como quiera que el legislador de haber considerado las particularidades que los actores afrontan habría optado por la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios –artículo 260 C.S.T-, o por el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso.*

*Lo anterior porque i) así acontece con el trabajador que es despedido después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) ésta es la solución adoptada por la ley para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los excongresistas, y iii) esto ocurre con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, financiadas con recursos del presupuesto nacional, del Instituto de Seguros Sociales, así como las de los pensionados de las Fuerzas Armadas Militares y de la Policía Nacional.*

*Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-.*

[...]

*b) Respecto del derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, la jurisprudencia indica:*

[...]

*- Que cuando el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que 'quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (..)' logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados, sin distinción de su capacidad económica, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección [...]'...*

[...]

*En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales.  
[...]]» (subrayado de la Sala).*

Tal actualización resulta procedente no solo por vía judicial, sino también en sede administrativa, comoquiera que es un beneficio legal que garantiza los principios de equidad y justicia, en virtud de los cuales se conserva la capacidad adquisitiva de la mesada pensional,

pues lo contrario implicaría un detrimento en su valor. Así lo ha estimado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*«En el caso objeto de examen no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa.*

*Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los periodos concebidos para tal fin.*

*Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.*

*No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.*

*Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía.*

[...]

*No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí habría legitimado la decisión de la administración de actualizar los pagos extemporáneos que efectuó. Como no ocurrió así, procede a esta Sala ordenarlo mediante este proveído.»<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 13 de julio de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

De lo anterior se concluye que teniendo en cuenta que la obligación de reconocer la pensión de jubilación surge solo a partir del momento en que se adquiere el estatus pensional, la entidad encargada de efectuar el pago debe establecer la base de la liquidación de la prestación preservando su poder adquisitivo, pues esta constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral útil, con la finalidad de garantizar su subsistencia en condiciones dignas y justas cuando alcance la tercera edad, motivo por el cual su reconocimiento y pago no puede efectuarse con sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios.

Así las cosas, **la indexación de la primera mesada** puede realizarse en sede administrativa por la administración y es obligatoria para las pensiones de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, incluso, quienes cuenten con un régimen especial y adquirieron la pensión con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que es un derecho que deriva directamente de los postulados y pilares fundamentales del Estado Social de Derecho que promueven el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en garantía de los principios de equidad, justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores, derechos de alta relevancia constitucional que no deben ser desconocidos, en virtud del principio *pro homine* normatizado de tiempo atrás en tratados internacionales<sup>5</sup>, que impone interpretar y aplicar las normas que sean más favorables a la persona y a sus derechos humanos.

Es de reiterarse que hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, cuando como consecuencia del paso del tiempo se ha perdido de manera considerable su poder adquisitivo.

En el “*sub examine*”, se tiene que el actor laboró hasta el **30 de octubre de 1991** pero fue pensionado a partir del **6 de agosto de 1993**<sup>6</sup>; y el monto de la pensión fue calculado con el salario devengado ese mismo año, lo que permite concluir que, el poder adquisitivo del salario, que después se convirtió en pensión, sufrió depreciación que da lugar al reconocimiento de la indexación reclamada.

---

<sup>5</sup> V. gr. Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>6</sup> Fs. 2 y 3

Lo anterior es así por cuanto, tal y como se precisó, esta indexación se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el beneficiario alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho transcurrido uno o más años después de su retiro, de tal suerte que, con ese transcurso de tiempo, el salario base de la liquidación de la prestación, la pensión habría sufrido detrimento; en el caso como el que se analiza, donde del retiro del servicio y el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho pensional transcurrieron dos años, puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión.

No obstante, lo anterior, comoquiera que el reconocimiento pensional se realizó el 16 de diciembre de 1993, el escrito mediante el cual el demandante elevó la petición fue el 7 de octubre de 2014, y la demanda la radicó el 4 de diciembre de 2015, por lo que se entenderán prescritas las mesadas anteriores al **7 de octubre de 2011**.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disposiciones sobre el particular, se **confirmará la sentencia del 25 de enero de 2019** proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda**.

**v) De la condena en condena en costas.-** Por otro lado, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8°) del Código General del Proceso (CGP), «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

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

#### **FALLA:**

**Primero.- Confirmar** la sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que

**accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso adelantado por el señor Manuel Antonio Cortes Susatama contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp).

**Segundo:** Sin condena en costas en las dos instancias

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-023-2016-00139-01  
Demandante : **Germán Arturo Medina Ávila**  
Demandado : Nación – Ministerio de Transporte  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema . : Supresión del cargo (reintegro)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 408 a 448) contra la sentencia de 22 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 410 a 422).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 41 a 53). Germán Arturo Medina Ávila, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de que se declare la **nulidad** de la Resolución 4442 de 29 de octubre de 2015, mediante la cual la ministra de transporte declaró la insubsistencia del nombramiento del actor, en el cargo de asesor, código 1020, grado 13 (f. 10)

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía; ii) pagar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, desde el día en que se produjo el retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro; iii) indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor (IPC); iv) declarar que no existió solución de continuidad; v) reconocer los perjuicios materiales y morales que se derivaron por el retiro; vi) pagar las costas del proceso; y vii) dar cumplimiento a la

sentencia «de manera rápida a fin de no hacer más gravosa la situación del erario público».

**Fundamentos Fácticos.-** El demandante señaló como soporte del presente medio de control, los siguientes hechos:

Mediante Resolución 0465 de 18 de febrero de 2013 fue nombrado en el cargo de asesor código 1020, grado 13 del Ministerio de Transporte, tomando posesión el 25 del mismo mes y año.

En la Resolución 5280 de 29 de noviembre de 2013 se conformó el grupo de conceptos y apoyo legal como grupo interno de trabajo de la oficina asesora del Ministerio de Transporte, donde se desempeñó en el cargo de asesor.

La entidad el 29 de octubre de 2015 expidió la Resolución 4442 donde declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Medina Ávila en el cargo de asesor 1020, la cual se hizo efectiva el 2 de noviembre del mismo año.

La abogada Ángela Aldana Naranjo, en calidad de contratista, lo reemplazó en las labores que ejercía en el grupo de conceptos y apoyo legal, y que fue vinculada mediante Resolución 530 de 2015, resaltando que no contaba con la misma experiencia laboral en temas propios de la entidad, que tiene una corta trayectoria profesional y además que académicamente no lo iguala y mucho menos lo supera.

Por medio de la Resolución 037724 de 21 de septiembre de 2006 la entidad comisionó a la funcionaria Claudia Fabiola Montoya Campos, para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción de asesor código 1020 grado 08. A través de Resolución 5333 de 25 de noviembre de 2015 la entidad prorrogó por 1 mes más la comisión.

Existen inconsistencias en las decisiones del Ministerio, pues «[...] CLAUDIA FABIOLA [...], no obstante ser formalmente encargada inicialmente por tres (3) meses de este último cargo, realmente no lo ocupa, al continuar solamente con sus labores de Coordinadora del Grupo de Conceptos y Apoyo Legal [...]», de igual manera aseguró que el trabajo a dicha funcionaria no se le incrementó, lo que debió haber sucedido al tener en cuenta que se le sumaban las funciones del demandante.

Adujo que «[...] desde la conformación del Grupo [...] no ocurre en condiciones normales y transparentes, simplemente hace parte de la cadena de irregularidades que pretenden darle apariencia de legalidad a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante», es decir, que no asumió las funciones del cargo que ocupaba el actor, sino que continuó ejerciendo las funciones de coordinadora del grupo conceptos y apoyo legal.

Sin embargo, en las consideraciones del acto administrativo que encargó a la abogada Claudia Fabiola del empleo que ocupaba el actor, se adujo que «[...] por necesidades del servicio y para garantizar la adecuada prestación, se hace indispensable encargar de dicho empleo a la doctora CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPOS» (sic).

Por lo que aseguró que fue retirado del servicio con la excusa «[...] al buen servicio, no obstante lo que se hizo fue abrirle espacio a una contratista nueva y de darle el cargo que aquél ocupaba a la abogada CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPOS» (sic).

Aseguró que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de asesor código 1020, grado 13, que se realizó por parte de la ministra de transporte, «[...] no se fundó en razones del buen servicio, sino en la decisión arbitraria, adoptada con ostensible abuso de la facultad discrecional», agregó que «[...] no existió motivo razonable y lógico que justificara el por qué se mejoraría el servicio, retirando a un buen funcionario de excelentes cualidades, cuya hoja de vida, óptima trayectoria y compromiso de trabajo, que cuatro meses antes, había sido enviado a un diplomado pagado con presupuesto de la entidad, lo que permite suponer que no estaba menoscabando los fines de la entidad, sino por el contrario que fue un elemento constructivo en el contexto laboral» (sic)

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** El demandante citó como normas violadas por el acto administrativo demandado, los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 25, 29, 53, 83, 90, 122, 123, 125 y 209; de la Constitución Política. De orden legal Ley 52 de 1975; Ley 50 de 1990; Ley 80 de 1993; 7°, 16, 30, 55 y 56 de la Ley 446 de 1998; Decreto 2127 de 1945; Decreto 3135 y 3148 de 1968; Decreto 1048 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1790 de 2000; 4, 20 y 154 del Código de Procedimiento Civil.

Argumentó que el acto administrativo estaba viciado de poder «[...] toda vez que la Ministra que lo firmó, tuvo la convicción plena de alejarse de la finalidad del buen servicio al declarar la

*insubsistencia del nombramiento del demandante, para ser reemplazado por la contratista ANGELA ALDANA NARANJO y seguidamente por CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPO, persona que materialmente no ejerció las funciones propias del cargo, y se [usó] para fines distintos a los previstos en la norma» [sic].*

Indicó que «[...] existió un fin oculto [...] el retiro del demandante obedeció única y exclusivamente para beneficiar a la señora CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPOS, a quien primero, mediante Resolución N° 5333 del 26 de noviembre de 2015, se le prorrogó por un (1) mes la comisión conferida para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción de Asesor Código 1020, Grado 08, del cual tomó posesión del empleo indicando el día 26 de noviembre de 2015, y cinco (5) días después [...] se le engargó del empleo de libre nombramiento y remoción de Asesor Código 1020, Grado 13, que venía desempeñando el demandante» [sic].

Afirmó que el acto administrativo enjuiciado, «[...] violó el imperio de la ley, y con ello, los derechos fundamentales del demandante al trabajo en condiciones dignas justas, estabilidad en el empleo y continuidad de las relaciones laborales protegidos por el artículo 7 de la ley 319 de 1996; [...] por cuanto encierra una auténtica desviación de poder para favorecer a una contratista y a CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPOS, a la que se le asignaron las funciones que aquél ejercía en el GRUPO CONCEPTOS Y APOYO LEGAL, a sabiendas que la jurisprudencia ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para [ese] efecto debe crearse los cargos referidos en la respectiva planta de personal, y sobre todo, que un servidor no puede ejercer a la vez dos cargos públicos» [sic].

**Contestación de la demanda.** (fs. 63 a 80). El Ministerio de Transporte, a través de escrito de 30 de agosto de 2016, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado «[...] los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan para [su] desvinculación de las mismas garantías que un empleado de carrera administrativa. No obstante, [...] la facultad discrecional que se ejerce para declarar insubsistente a un empleado en [estos] cargos, **consulta los motivos de la norma y desde ninguna óptica desborda los límites de la misma**, estos límites [...] están dados por la protección del servicio y por el mejoramiento del mismo» (sic).

Por lo que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma «*inmotivada*», sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidos a la Constitución y la Ley.

Razón por la que el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales sustenta el cargo que afirma, respalda la causal de la anulación.

## II PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 22 de noviembre de 2018 (fs. 410 a 422), **negó las pretensiones de la demanda** al considerar que, estudiado el material probatorio allegado al expediente, no se logró desvirtuar la legalidad de la Resolución 4442 de 29 de octubre de 2015.

Manifestó que, si bien el actor afirmó que el acto administrativo expedido en ejercicio de la facultad discrecional está afectado por la causal de nulidad por desviación de poder, lo cierto es, que en el presente asunto, no se encuentran elementos probatorios o de juicio que confirmen las aseveraciones expuestas en la causa petendi.

Así mismo indicó, que los cargos de libre nombramiento y remoción, como el que ocupó el señor Medina Ávila, «*[...] están desinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales y, por ende, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacía el mismo propósito [...]* Siendo así, que el nominador podía integrar *[su]* grupo de trabajo con empleados afines y que representen confianza para el desarrollo de las funciones sin obstáculos, sin que ello suponga sanción o juicio el valor a la actividad laboral» (sic).

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 428 a 448), en el cual expuso que no comparte la decisión de primera instancia por cuanto la misma es contraria a la verdad y se fundó en interpretaciones rigoristas.

Aseveró que «[...] efectivamente hubo desviación de poder en el retiro del servicio [...] por la valoración errónea del caudal probatorio allegado, que da cuenta que en [este] caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción [...] se requería de un actuar dentro de límites de justicia y ponderación con la decisión que mejor conviniera a la comunidad, necesidad del servicio de contar con mayor número de personal para apoyar desde la oficina asesora jurídica al grupo de reposición [...]».

Afirmó que el juez de primera instancia, no estudio de manera juiciosa las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente, pues nunca tuvo en cuenta que el demandante contaba con una excelente hoja de vida, y una trayectoria profesional que lo hacía merecedor del cargo de asesor que ostentaba, y que la persona que llegó a reemplazar sus funciones, nocontaba con la misma preparación profesional ni laboral para hacerlo.

Alegó que «[...] no existió ninguna razón que justificara desvincular al demandante, pues [este] cumplía con eficiencia y rectitud [sus] funciones y responsabilidades, con el agravante que quien fue nombrada en el cargo que éste ocupó, no desempeñó las funciones propias del mismo, sino que se intentó hacer con una contratista, en desmejora del servicio público [...] cuya finalidad exclusiva fue el ascenso salarial de [una] funcionaria y el afán de ubicar a una contratista» (sic).

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 25 de enero de 2019 (f. 450) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 6 de mayo de 2019<sup>1</sup>, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 14 de junio de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes; parte demandante (fs. 459 a 480) entidad demandada (fs. 481 a 484), quienes se ratificaron en los argumentos expuestos en la

---

<sup>1</sup> Folio 455

demanda, contestación de la demanda y recurso de apelación respectivamente.

### III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Se contrae a determinar si al señor Germán Arturo Medina Ávila, le asiste derecho para solicitar del Ministerio de Transporte el reintegro al cargo que venía desempeñando como asesor, código 1020, grado 13, en el despacho del viceministro, por considerar que la insubsistencia de su empleo no fue debidamente motivada, abusando la administración de la facultad discrecional, lo que hace que el acto administrativo no goce de legalidad.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio **se confirmará** la sentencia de primera instancia que **negó** las pretensiones de la demanda, por cuanto **no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado**, toda vez que el retiro del actor se dio cumpliendo los requisitos exigidos en un cargo de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con los argumentos que se pasan a exponer:

Para desatar la cuestión litigiosa, la Sala resolverá el problema jurídico, abarcando los temas, así: **i)** marco normativo de la función administrativa; **ii)** del empleo de libre nombramiento y remoción; **iii)** del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional; **iv)** de lo probado en el proceso; **v)** caso concreto; **v)** condena en costas.

**i) Marco normativo.- Función administrativa.-** El inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política estableció el fin y principios que debe cumplir la función administrativa, de la siguiente manera:

*«La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. [...]»*

---

<sup>2</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Para el ejercicio de la función administrativa se debe consultar el bien común; esto es, persiguiendo esos objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, en especial en el artículo 2º de la Carta Política; que señala los fines esenciales del Estado.

El **artículo 125 de la Constitución Política** prevé que los empleos en las entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones que consagre la Ley, y que el retiro del servicio se hará por calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o en la Ley.

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, **de libre nombramiento y remoción**, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Esa misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.

**ii) De los cargo de libre nombramiento y remoción como excepción al sistema de la carrera administrativa.-** El artículo 1º de la Ley 909 de 2004<sup>3</sup>, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, **los cargos de libre nombramiento y remoción**. A su vez, el artículo 5º ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

*«[...] Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

*[...]*

*2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

---

<sup>3</sup> Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo.
- d) Empleos temporales.

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

[...]»

Visto lo anterior, se tiene que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes, sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, **se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.**

Así las cosas, resulta razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Como se observa, para el desempeño de los cargos de **libre nombramiento y remoción, la confianza juega un rol preponderante, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión**, tal como lo dispone el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004:

«[...] El párrafo 2 inciso 2 del artículo 41 ibídem, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado:

“El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

[...]

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

**La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto NO motivado»**  
(Subraya fuera de texto)

Ahora, es preciso señalar que la normatividad precitada no establece limitante alguna para que los cargos de libre nombramiento y remoción puedan ser provistos a través de un sistema de meritocracia, pues con ello, se generaría un mayor control y transparencia en la escogencia de la persona a ser designada. Empero, es importante que en el proceso meritocrático se deje claro que el cargo a proveer de libre nombramiento y remoción no muta su naturaleza ni otorga derechos de carrera administrativa.

**iii) Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.-** Al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la del demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla.

Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud de la cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

*«[...] El párrafo 2 inciso 2 del artículo 41 ibídem, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado:*

*“El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*[...]*

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

**La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto NO motivado»**  
*(Subraya fuera de texto)*

Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil, norma ratificada por el Código

General del Proceso en su artículo 167<sup>4</sup>, disposición aplicable al asunto por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

Es pertinente resaltar, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté fundado en razones del buen servicio.

Es así como la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional<sup>5</sup> ha indicado que **la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.**

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de

---

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

<sup>5</sup> Ver entre otras, Sentencia C-443 de 1997.

“[...] la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. [...] frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.” <sup>6</sup> Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

3 de agosto de 2006<sup>6</sup>, respecto a la discrecionalidad en la motivación del acto administrativo, señaló que:

«[...]

*En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.*

[...]».

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se tiene que el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer, si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de la razonabilidad.

**iv) De lo probado en el proceso.-** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Resolución 0000465 de 18 de febrero de 2013, proferida por la ministra de transporte, por medio de la cual nombró al señor Germán Arturo Medina Ávila, en un cargo de **libre nombramiento y remoción**, como asesor, código 1020, grado 13 del despacho del viceministro de infraestructura, a partir del 18 de febrero de 2013 (fs. 2 y 3).

b) Resolución 0005280 de 29 de noviembre de 2013, expedida por la ministra de transporte, en la cual resolvió: (fs. 5 a 7).

«[...]

*ARTÍCULO 1.- Conformar el GRUPO CONCEPTOS Y APOYO LEGAL, como grupo interno de trabajo de la Oficina Asesora de Jurídica del Ministerio de Transporte, quedando la estructura de esta Dependencia así:*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 3 de agosto de 2006, radicado 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, Magistrado Ponente: Alejandro Ordeñez Maldonado.

OFICINA ASESORA JURIDICA

Grupo Conceptos y Apoyo Legal  
Grupo Jurisdicción Coactiva  
Grupo Defensa Judicial  
Grupo de Contratos.

[...]»

c) Certificados de algunos curso realizados por el demandante y costeados, según lo afirmado, por la entidad: i) curso de «oralidad en los procesos judiciales», realizado en la Pontificia Universidad Javeria – Facultad de Ciencias Jurídicas; ii) cuarto diplomado en diseño e implementación de proyectos ITS (fs. 8 y 9).

d) Resolución 0004442 de 29 de octubre de 2015, a través de la cual la ministra de transporte declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Medina Ávila (f. 10).

e) Memorando de 30 de octubre de 2015, donde la subdirectora del talento humano le comunica al actor que mediante Resolución 0004442 de 29 de octubre de 2015 le fue declarada la insubsistencia del cargo, y le solicita hacer el acta de entrega (f. 11).

f) Órdenes de prestación de servicios celebrados entre el secretario general del Ministerio de Transporte y la señora Ángela Aldana Naranjo (s. 12 a 20).

g) Resolución 0005333 de 26 de noviembre de 2015, expedida por la ministra de transporte, mediante la cual se resolvió: (fs. 24 y 25)

«[...].

**ARTÍCULO 1o** prorrogar por el término de un (1) mes, la comisión conferida mediante Resolución No. 0003609 del 25 de noviembre de 2014, a la doctora **CLAUDIA FABIOLA MONTOYA CAMPOS** [...] para desempeñar un cargo de **libre nombramiento y remoción en el empleo de Asesor código 1020 grado 08 del Despacho de la Ministra.**

**ARTÍCULO 2º.** La funcionaria continuará con [sus] derechos de carrera administrativa en el cargo de Profesional Especializado código 2028 grado 15 de la planta global de personal del Ministerio de Transporte, durante el término que dure la comisión.

[...]» (sic) (resaltado fuera de texto).

h) Resolución 0005360 de 1º de diciembre de 2015, mediante la cual la ministra de transporte, nombró en **encargo** a la señora Claudia Fabiola Montoya Campos en el cargo de

asesor código 1020, grado 13 del despacho del viceministro de infraestructura «[...] mientras se designa el titular, sin separarse del cargo del cual es titular [...]» (sic) (f. 27).

i) Certificación de 31 de marzo de 2016, proferida por la coordinadora del grupo de administración de personal, donde consta que la señora Claudia Fabiola Montoya Campos:

«[...]

Que es titular del cargo de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, Código 2028, Grado 15, en el Grupo Conceptos y Apoyo Legal de la Oficina Asesora Jurídica.

Que mediante Resolución No. 005360 del 1 de diciembre de 2015, posesionada con Acta No. 0112 del 2 de diciembre d 2015, se enciembra **encargada** del empleo de **ASESOR** Código 1020, Grado 13 del Despacho del Viceministro de Infraestructura.

[...]».

j) Certificaciones expedidas por la coordinadora del grupo de administración de personal del Ministerio de Transporte, donde consta que el señor Germán Arturo Medina Ávila, prestó sus servicios en ese ministerio desde el 5 de febrero de 2013 hasta el 2 de noviembre de 2015, que desempeñó el cargo de asesor, código 1020, grado 13 en el despacho del viceministro de infraestructura y que el tiempo de nombramiento corresponde al de **libre nombramiento y remoción** (fs. 37 y 38)

v) **Caso concreto.**- En el recurso de apleación la parte demandante, reiteró la falta de motivación del acto acusado, por considerar que la declaración de insubsistencia no tuvo causa justificante, así mismo resaltó que en su hoja de vida nunca se evidenció amonestación o sanción alguna en el ejercicio de sus funciones, por lo que insiste que su retiró no obedeció a la mejora del servicio.

#### **De la naturaleza del cargo de la demandante.-**

Mediante Resolución 0000465 de 18 de febrero de 2013, proferida por la ministra de transporte, se nombró al señor Germán Arturo Medina Ávila en un cargo de **libre nombramiento y remoción de asesor**, código 1020, grado 13, vinculado al Despacho del viceministro de infraestructura, el cual entró a regir el 18 de febrero de 2013.

El demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución 0004442 de 29 de octubre de 2015, donde se le indicó que:

«[...]

De conformidad con lo establecido en el inciso segundo del párrafo 2° del artículo 41 en el literal a) de la ley 909 de 2004, **en los cargos de Libre Nombramiento y Remoción, el retiro del servicio es discrecional y se efectúa mediante acto administrativo no motivado.**

Que el doctor **GERMÁN ARTURO MEDINA ÁVILA**, se desempeña en calidad de nombramiento ordinario en el cargo de Asesor Código 1020 Grado 13 del Despacho del Viceministro de Infraestructura.

### **RESUELVE**

ARTÍCULO 1°. Declarar la insubsistencia del nombramiento ordinario del doctor **GERMÁN ARTURO MEDINA ÁVILA** [...] en el empleo Asesor Código 1020 Grado 13 del Despacho del Viceministro de Infraestructura.

[...]» (sic) (resaltado fuera de texto).

En ese orden, es preciso indicar que la Ley 909 de 2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», estableció una excepción, al indicar que:

«[...] Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: [...]»

De igual forma, en el Título IV de la citada normativa, en el acápite «DEL INGRESO Y EL ASCENSO AL EMPLEO PÚBLICO», se prevén las clases de nombramientos:

« [...] ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. [...]»

En efecto, se tiene que no existe controversia en la naturaleza del cargo del señor Medina Ávila, el cual tiene la calidad de **libre nombramiento y remoción**, cuya designación como su

desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, en la cual se encuentra el empleo referido, por lo que en principio se podría decir que el acto goza de presunción de legalidad.

No obstante lo anterior, por tratarse de una presunción legal, la misma es pasible de ser desvirtuada con el fin de demostrar que fueron razones diferentes al buen servicio las que motivaron el retiro del actor. En ese orden, la ministra de transporte, contaba con plenas facultades para retirar de servicio al actor sin estar obligada a tener que motivar el acto administrativo que retiraba del servicio al actor.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 0004442 de 29 de octubre de 2015, visible a folio 10, por la cual la ministra de transporte ordenó el retiro del servicio del demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las atribuciones legales y estatutarias. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada, no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual *«[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]»*.

En ese orden el demandante basa sus argumentos en que siempre tuvo un excelente desempeño, que su hoja de vida era más completa y competitiva que la de su reemplazo en el cargo, además que realizó cursos y seminarios que la entidad invirtió el fin de que los conocimientos fueran posteriormente aplicados por el actor en el desempeño de su cargo.

Respecto a este punto, se tiene que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una

buena gestión como asesor en el despacho del viceministro de infraestructura, no desdice de las aptitudes de quienes fueron encargados en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios salientes y entrantes, **como también las relaciones de confianza de estos con el nominador**, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

El demandante aduce que el fallo de primera instancia no hizo un análisis profundo de las pruebas allegadas, toda vez que, aun al haberse demostrado que prestó un excelente servicio, lo que se demuestra que al momento del retiro la entidad manifestó la necesidad de contratar un mayor número de personas para realiar las mismas actividades, se procedió solo al estudio previo del ministerio de transporte que adujo que por necesidad del servicio se requería la contratación de 3 abogados, para apoyar la oficina asesora jurídica.

Que desde que se produjo el retiro el grupo de cncptos y apoyo legal no cuenta con un asesor de planta on alta experiencia y formación, al contrario, contrataron a una persona de corta experiencia profesional y académica, siendo esto una prueba de la desviación de poder alegada como vicio de nulidad del acto acusado.

Así mismo indicó que, el a quo no tuvo en cuenta que el ministerio teniedo la obligación de indicar las razones del servicio que llevaron ala expedición de la insubsistencia y demostrar en qué se mejoraba el servicio, solamente adujo que el acto administrativo fue expedido en el ejercicio de la facultad discrecional.

Además que existieron irregularidades y motivos «ocultos» en la contratación, prorrógas, funciones y prestación el servicio de las señoras Claudia Fabiola Montoya Campos y Ángela Aldana Naranjo.

Está Sala precisa que, aunque el demandante afirma que el juez de primera instancia no realizó un estudio de las pruebas allegadas, al leer la decisión se observa que si se realizó un examen probatorio para llegar a tomar una desición, diferente es que no haya sido favorable para el actor, y por esa razón solicita se vuelvan a vaorar las pruebas, no obstante se resalta

que si la decisión no fue favorable, ello no indica que nos e hizo un estudio profundo del proceso, como se evidencia lo hizo el juez de primera instancia.

Ahora bien, se debe recordar, como ya se dijo, que **contrario al empleo de carrera, el de libre nombramiento y remoción no tiene fuero de estabilidad** y, en todo caso, es importante resaltar que en esta figura, no tendría derecho a una reincorporación o una indemnización, pues como se ha sostenido la categoría del empleo de libre nombramiento y remoción, no posee los mismos derechos que aquél que ha superado un concurso y méritos y por tanto, tiene derechos de carrera.

Corolario, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante no se produce por ningún reproche o sanción por su desempeño pues, para la provisión de su empleo, **catalogado como de libre nombramiento y remoción, según la normativa estudiada, se le ha otorgado al nominador la discrecionalidad para nombrar a la persona de su confianza**. Entre otras cosas, porque el buen desempeño del demandante en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia y porque posterior a su retiro no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el área o dependencia que él asesoraba.

Por otro lado, respecto a la inconformidad del actor al indicar que le solicitaron la renuncia y que si no la presentaba procederían, lo que en efecto se dio, se debe aclarar que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.

También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.

Así las cosas, la solicitud de renuncia a funcionarios públicos de nivel de confianza, por parte de la autoridad nominadora (investida de la facultad de libre nombramiento y remoción),

no constituye una conducta desviada de la administración, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos.

En resumen, se tiene que: **i)** La naturaleza del empleo de asesor, código 1020, grado 13, es de libre nombramiento y remoción; **ii)** las calidades profesionales y personales del señor Medina Ávila no le otorgaban fuero de estabilidad en el cargo; **iii)** no se desmejoró el servicio, en razón a que no se demostró que la labor desarrollada por las personas encargadas de sus funciones, desarrollaron las actividades en condiciones inferiores en las que se venía ejerciendo; y **iv)** no se demostró que la decisión de desvinculación obedeció a represalias, motivos de índole personal u otros distintos del mejoramiento del servicio.

Finalmente, se encuentra que si bien es cierto, se acreditó que el demandante se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, también lo es que, ello no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disposiciones sobre el particular, se **confirmará la sentencia del 22 de noviembre de 2018** proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **negaron las pretensiones de la demanda**.

**vi) Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...]salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

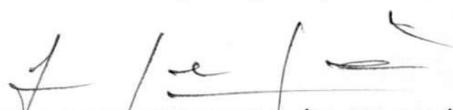
**Primero.- Confirmar** la sentencia de 22 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **negaron las pretensiones de la demanda** interpuesta por el señor Germán Arturo Medina Ávila contra la Nación – Ministerio de Transporte, de conformidad a la parte motiva.

**Segundo.-** Sin condena en costas, conforme lo expuesto.

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-029-2016-00189-01  
Demandante : **María Luisa Romero Quevedo**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de  
Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión docente

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 69 a 73) contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 61 a 67).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 4 a 12) La señora María Luisa Romero Quevedo, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución 00435 del 13 de marzo de 2015, por medio de la cual se le reconoció una pensión de jubilación sin incluir todos los factores salariales dentro de la base de liquidación de la mesada pensional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reliquidarle la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad del promedio de salarios devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, esto es, incluir asignación básica, prima de vacaciones, prima

de servicios y demás factores; (ii) reajustar los valores o indexarlos, (iii) pagar los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiere lugar; y (iv) cancelar las costas y agencias en derecho.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 00435 del 13 de marzo de 2005 reconoció a su favor una pensión de jubilación en cuantía de \$ 2.110.473 m/cte., efectiva a partir del 25 de noviembre de 2014.

La entidad demandada liquidó su mesada pensional teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, los cuales fueron devengados en el último año de servicio anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, es decir, omitió incluir el valor correspondiente a la prima de navidad y prima de servicios, las cuales a su juicio constituyen factores salariales.

Del acto administrativo mediante el cual le fue reconocida la pensión de jubilación se desprende que ella ingresó al servicio educativo oficial con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es, con anterioridad al 27 de junio de 2003.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte actora citó como normas violadas por el acto administrativo censurado los artículos 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; Ley 6 de 1945; 1.º de la Ley 33 de 1985; Ley 71 de 1988; Ley 91 de 1989; 11, 36 y 279 de la Ley 100 de 1993; 81 de la Ley 812 de 2003; y 160 de la Ley 1151 de 2007.

Para el efecto, expuso que la Ley 33 de 1985 establece los factores que deben tenerse en cuenta en la base de liquidación de los aportes, prescripción que fue modificada por el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, para lo cual precisó que la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de sentencia del 04 de agosto de 2010, expediente 0112-09, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, concluyó que los factores enlistados en la normativa en mención no pueden considerarse de manera taxativa y, por ende, deben incluirse

en la liquidación de la mesada pensional todos los factores percibidos en el año anterior al que se adquirió el status pensional.

Aunado a lo anterior, resaltó que al haber ingresado a prestar sus servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional es el estipulado para el magisterio en las disposiciones legales vigentes anteriores a dicha norma, tales como la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989, según las cuales el monto de la mesada pensiona se liquida con base en los salarios percibidos durante el último año de servicio.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 35 a 42) La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda al considerar, entre otras cosas, que las secretarías de educación son las encargadas de reconocer las prestaciones sociales de los docentes.

Propuso las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción. Para sustentar lo anterior, explicó la competencia que recae sobre el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 13 de diciembre de 2018 (fs. 61 a 67) negó las pretensiones de la demanda al concluir que la pensión de jubilación de la demandante fue reconocida de acuerdo con lo establecido en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, expediente 52001-23-3-000-2012-00143-01, entendiéndose que el IBL corresponde al promedio de los salarios y rentas sobre los cuales la afiliada cotizó durante el último año de servicio, actualizados anualmente con base a la variación del IPC, tal como lo hizo la entidad demandada.

Sobre el particular, la autoridad judicial de la referencia aclaró que, si bien en la sentencia en mención se unificó el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y fueron excluidos los docentes, también lo es que en su criterio resulta aplicable a aquellos por tratarse

de servidores públicos, a quienes en atención a la fecha de vinculación le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 69 a 73), en el sentido de discutir que en el caso concreto es improcedente la aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en razón a que por un lado no se trata de docentes oficiales y, de otro lado, la demanda la interpuso el 19 de julio de 2016, momento en el que se encontraba en vigor la sentencia del 04 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, criterio que debe adoptarse en virtud del principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 29 de marzo de 2019 (f. 75) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 29 de julio de 2019 (f. 79), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 19 de septiembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 81). Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora María Luisa Romero Quevedo le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

**Tesis de la Sala.**- En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda en razón a que los factores que la demandante pretende se computen para efectos de liquidarle su pensión de jubilación no se encuentran en la norma que regula su situación particular, esto es, la Ley 62 de 1985, así como tampoco aquella acreditó que sobre los mismos se efectuaron las respectivas cotizaciones al sistema pensional, conforme pasa a exponerse.

**Marco normativo.** - Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **I. Reliquidación pensional docentes. -**

El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

[...].».

A su vez, la Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hace una distinción entre el personal docente nacional, nacionalizado y territorial de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.*

*3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

[...]

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley».*

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme a lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27

del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

El Consejo de Estado con ponencia del magistrado Tarsicio Cáceres Toro, en sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 2002 – 0594, precisó:

*«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen ‘ordinario’, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional ‘ordinaria’ pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93’.*

[...]

*La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: ‘El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley’. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen ‘especial’; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula ‘Régimen Especial de los Educadores Estatales’, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo*

*al amparo de la Ley 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones 'generales' de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales».*

Dicho brevemente, la Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994, y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificatorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62

de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.»*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...].»

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución 00435 del 13 de marzo de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor de la docente María Luisa Romero Quevedo una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 2.110.473 m/cte., efectiva a partir del 25 de noviembre de 2014. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los salarios del último año de servicios, específicamente se observa que se incluyó la asignación básica y prima de vacaciones (fs. 2 y 3).
- b. Certificación expedida el 25 de octubre de 2016 por la rectora de la institución educativa departamental Ferralarada de Choachí Cundinamarca, en la que indicó que la señora María Luisa Romero Quevedo fue nombrada en propiedad en ese ente educativo desde el 25 de noviembre de 1994 sin interrupción hasta la fecha, en el cargo de docente de primaria (f. 22).
- c. Formato único para la expedición de certificado de salarios, consecutivo 2016200475, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del que se desprende que la señora Romero Quevedo percibió desde el 1.º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014 los factores denominados asignación básica, prima

de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual (1junio/14-31 diciembre/15) y prima de servicios.

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad parcial de la Resolución 00435 del 13 de marzo de 2015, por medio de la cual la entidad accionada le reconoció una pensión de jubilación, pero sin incluir todos los factores salariales dentro de la base de liquidación de la mesada pensional. Por tanto, entre otras cosas, solicitó que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la accionada reliquidarle su pensión teniendo en cuenta todos los factores percibidos.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Cundinamarca, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 000435 del 13 de marzo de 2015 reconoció a favor la docente María Luisa Romero Quevedo una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 2.110.473 m/cte., a partir del 25 de noviembre de 2014.

Sobre el particular, se encuentra que para efectos de la liquidación de la pensión en mención la entidad accionada tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores denominados asignación básica y prima de vacaciones, los cuales fueron devengados en el año anterior al retiro del servicio de la pensionada.

Ahora, verificado el certificado de salarios que obra a folio 23 del expediente se vislumbra que la docente María Luisa Romero Quevedo en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2014 percibió los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, bonificación mensual y prima de servicios.

Al respecto, la Sala advierte que la demandante en su calidad de docente ingresó a prestar sus servicios en la Secretaría de Educación de Cundinamarca antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que se encuentra regida por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por consiguiente, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular de la demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio de la pensionada, siempre que se encuentren relacionados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, tal como lo dispuso el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Por ende, tal como la entidad accionada lo reconoció en la Resolución 000435 del 13 de marzo de 2015 había lugar a liquidarle la mesada pensional con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, con la aclaración de que los mismos deberán encontrarse descritos en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

En esos términos, se vislumbra que la señora María Luisa Romero Quevedo en el año anterior al retiro del servicio, el cual fue tenido en cuenta para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, percibió asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, bonificación mensual (1 junio/14 – 31 diciembre/15) y prima de servicios, factores de los cuales solo la asignación básica se encuentra en la Ley 62 de 1985, la cual fue incluida correctamente por la Secretaría de Educación de Cundinamarca al momento de liquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante.

Sobre el particular, se aclara que no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con la prima de vacaciones, la cual fue computada por la entidad accionada al liquidar la pensión de jubilación de la aquí demandante, comoquiera que a pesar de no encontrarse dentro de los factores enlistados en la mencionada Ley 62 de 1985, a todas luces resulta improcedente realizar un juicio legal sobre la misma al no haber sido objeto de control jurisdiccional en el plenario.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora María Luisa Romero

Quevedo no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que el acto administrativo acusado continúa gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere, tal como lo consideró el *a quo*.

Es oportuno resaltar que la presente decisión tiene fundamento en la posición adoptada por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, referida en el marco normativo de esta providencia, al resultar aplicable al caso concreto por tratarse de docentes y, además, en razón a que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese momento, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

En ese entendido, se tiene que dichos pronunciamientos si resultan aplicables a la situación particular de la señora María Luisa Romero Quevedo, ya que su caso se encuentra en discusión en vía judicial y, por tanto, hay lugar a aplicar las reglas fijadas en las sentencias de unificación emitidas por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de ser el caso de la Corte Constitucional.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su

procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda instaurada por la señora María Luisa Romero Quevedo en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo aquí expuesto.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

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

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda instaurada por la señora María Luisa Romero Quevedo en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-010-2016-00363-01  
Demandante : **Gustabo Quiroga Balcarce**  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación asignación mensual soldados profesionales en un 20%  
Actuación : Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró probada la excepción de inepta demanda (parcial) por falta de requisitos formales.

### ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte demandante, contra el auto de 10 de mayo de 2019 proferido en audiencia inicial por el Juzgado Décimo (10°) Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 106 a 113 y CD 114), mediante el cual se **declaró probada** de manera parcial la excepción interpuesta de oficio por ese Despacho.

### ANTECEDENTES PROCESALES

**Medio de control.-** (fs. 15 a 34) El 5 de septiembre de 2016, el señor Gustabo Quiroga Balcarce, presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el que solicitó declarar la nulidad del Oficio 20165660616351: MDN-CGFM-COEJC-DECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 18 de mayo de 2016.

Como consecuencia de la anterior nulidad solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reliquidar el salario mensual pagado, desde el mes de noviembre de 2003 a la fecha de retiro de las fuerzas militares, tomando como asignación básica la establecida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000; ii) reliquidar el auxilio de cesantías; iii) indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor; iv) dar cumplimiento a la sentencia de conformidad a los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante auto de 30 de enero de 2017<sup>1</sup>, el Juzgado Décimo (10°) Administrativo del Circuito de Bogotá, admitió la demanda, ordenando notificar personalmente al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, el 10 de mayo de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que se resolvió declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda de manera parcial.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, haciendo énfasis en que el acto administrativo demandado es un acto de trámite configurándose la inepta demanda por falta de los requisitos formales.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En providencia de 10 de mayo de 2019, el Juzgado Décimo (10°) Administrativo del Circuito de Bogotá, entre otras<sup>2</sup>, **declaró probada de manera parcial, la excepción de ineptitud de la demanda**, al considerar que entre las peticiones del actor está la de ordenar al Ejército Nacional que se adicione la hoja de servicios con la nueva base de liquidación y el envío de la copia de la misma a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que sea tomada en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro.

No obstante, al revisar la solicitud que dio origen al acto administrativo demandado, no se petició respecto a la adición de la hoja de servicios, para que fuera tomada en cuenta en el reajuste de su asignación de retiro, pues lo que se solicitó fue la reliquidación del salario mensual pagado desde noviembre de 2003 a la fecha de retiro de las fuerzas militares.

En consecuencia, concluyó que no se dio cumplimiento al requisito de procedibilidad, respecto a la pretensión de que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional procediera a adicionar la hoja de servicios con la nueva base de liquidación, por lo que no se le brindó a la administración la oportunidad de pronunciarse respecto de esa petición.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la referida decisión, el apoderado del señor Gustavo Quiroga Balcarce, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, bajo los siguientes argumentos:

---

<sup>1</sup> Fs. 38 y 39.

<sup>2</sup> Es de resaltar que declaró no probada la excepción de «*inactividad injustificada del interesado – prescripción de derechos laborales*»

Adujo que «en el caso que se ajuste la asignación de retiro la consecuencia directa que se mande la hoja de servicios a la caja de Retiro debido a que ese es el deber ser en este caso, en este caso como la solicitud se negó no se iba a enviar la hoja de servicios, en dado caso que la solicitud hubiera sido aceptada lo que corresponde para que se haga la corrección de la hoja de servicio, es que la misma se enviara para todos los efectos» (argumentos sustraídos del medio magnético).

## V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>3</sup>, se concedió en la mencionada audiencia de 10 de mayo de 2019 (f. 112).

## VI. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 180 (numeral 6°) de la Ley 1437 de 2011<sup>4</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto dictado en audiencia inicial de 10 de mayo de 2019, por medio del cual el Juzgado Décimo (10°) Administrativo del Circuito de Bogotá **declaró de oficio probada** de manera parcial la excepción de inepta demanda.

**Cuestión previa.-** Previamente a definir el problema jurídico objeto de análisis, se precisa resaltar que el actor impugnó la decisión, **solamente** respecto a la excepción de inepta demanda (parcial) por falta de requisitos formales, razón por la cual, el análisis de la Sala se sujetará a lo recusado.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón jurídica al juez

---

<sup>3</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

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

[...]

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

<sup>4</sup> «Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

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 auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso».

de primera instancia al declarar probada de manera parcial, la excepción de inepta demanda, por no haber cumplido con el requisito de procedibilidad para demandar.

**Análisis de la Sala.-** Para desatar el problema jurídico la Sala abordará el tema de requisitos de procedibilidad así: i) agotamiento en sede administrativa; ii) caso concreto.

i) **Requisitos de procedibilidad: (agotamiento sede administrativa).** - El artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo relacionado con el agotamiento de la vía administrativa, señala:

*«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 imponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral [...]*»

La Ley 1437 de 2011, al regular los recursos procedentes contra los actos administrativos estableció:

**«Artículo 76. Oportunidad y presentación.** Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

*Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.*

**El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.**

*Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios». (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

De lo anterior se concluye que, de acuerdo a la Ley, el único recurso obligatorio es el de apelación, lo que significa que, si el acto administrativo resuelve que sólo procede el de

reposición, será facultad del interesado interponer o no dicho recurso, o acudir directamente a la Jurisdicción.

De modo que si la administración dispone que contra el acto expedido sólo procede el recurso de reposición, no lo convierte en obligatorio para demandar el acto administrativo, pues como lo ha dicho la doctrina<sup>5</sup> y la misma jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, la no interposición del recurso de reposición en nada afecta el agotamiento de la que solía denominarse, agotamiento de la vía gubernativa, sólo basta dejar vencer el término respectivo o renunciar expresamente al recurso para demandar el acto.

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>7</sup> en relación con el requisito de procedibilidad, ha manifestado que no solo comprende la interposición de los recursos que la ley aduce, son obligatorios, sino que también, implica que lo que se pretende con la demanda haya sido sometido a consideración de la administración, de manera que pueda pronunciarse respeto a la inconformidad.

De conformidad con lo anterior, el agotamiento de la vía administrativa es un presupuesto procesal necesario para poder acudir a la vía jurisdiccional, exigencia que surge de la aplicación del privilegio de la decisión previa que goza la Administración para revisar sus propios actos, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios para confirmarlo, aclararlo o revocarlo.

**ii) Caso concreto.-** Para establecer si en el presente proceso se agotó la vía administrativa en debida forma, se procederá a hacer el siguiente análisis:

El juez de primera instancia declaró de oficio la excepción de inepta demanda parcial, por considerar que en relación a la solicitud de ordenar a la entidad demandada que se adicione la hoja de servicios con la nueva base de liquidación y el envío de la misma a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para reliquidar su asignación de retiro, no había sido objeto de discusión en la solicitud administrativa que realizó el demandante.

---

<sup>5</sup> BERROCAL GUERREO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. 6 Edición. Librería Ediciones del profesional. Bogotá D.C., 2014. Págs. 476 a 477.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Ref. expediente: 13001-23-33-000-2012-00045-01 (20838). Bogotá D.C., 29 de mayo de 2014.

<sup>7</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 5 de noviembre de 2009, proceso 15001-23-31-000-2001-01824-01 (2140-08), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Para desatar el problema jurídico propuesto, esta Sala considera necesario hacer énfasis en el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, radicado: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), donde se abarcó el tema prestacional de los soldados profesionales, y respecto al asunto que nos ocupa, resaltó lo siguiente:

«[...]

*Una vez definido que la asignación de retiro debe liquidarse para el caso de los soldados voluntarios incorporados como profesionales sobre el salario mensual incrementado en un 60%, es menester analizar si para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro conforme a dicho porcentaje, es necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si es viable acudir directamente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL para requerir dicho ajuste, toda vez que sobre el particular también se presentan diferencias que se han visto reflejadas en el hecho de que en algunas providencias se consideró que la Caja de Retiro no se encuentra legitimada en la causa para resolver sobre una petición inicial de reliquidación de la asignación de retiro con base en un IBL distinto al salario que devengó el servidor en actividad<sup>8</sup>, mientras que en otras se determina la viabilidad de conceder las pretensiones contra dicha entidad<sup>9</sup>.*

[...]

*Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse [...] constituye un elemento de la pretensión y no de la acción<sup>10</sup>. En ese orden, cuando se advierte que el demandante carece de un interés jurídico perjudicado<sup>11</sup> y, por ende, del derecho a ser resarcido o que el demandado no es el llamado a reparar los perjuicios ocasionados se deben negar las pretensiones de la demanda.*

[...]

*Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar acabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por*

---

<sup>8</sup> Ver las siguientes providencias del consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 110010315000201503041 oo(Ac), actor: Ubeimar Laureano García; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 110010315000201600766-00 (AC), actor: José Correa Niño; Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201601789 oo. (Ac), actor: Efrén Castaño Bejarano; Sección Cuarta, sentencia del 30 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201601840 00(AC), actor: David Chavarro León; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de diciembre de 2016, radicación: 110010315000201602881- 00(AC), actor: Luis custodio Mejía Silva; Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020171041 01 (AC), actor: Ramiro de Jesús Tamayo Henao; Sección Cuarta, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000701(AC), actor: Jorge Eliecer Villalba Zapata; Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 110010315000201503041 00 (AC), actor: Ubeimar Laureano García.

<sup>9</sup> Ver sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección 8, sentencia del 18 de enero de 2016, radicación: 11001031500020150287700 (AC), actor Cecilio Cabezas Quiñonez; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11010315000201600822 00(Ac), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201600987 ol(Ac), actor Miguel Ángel Ruiz Guerrero.

<sup>10</sup> consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, referencia: 520012331000201000590 01(2466-2012), actor: José Antonio Benavides.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, referencia: 25000-23-26-000-1999-00802-01(28204), actor: Informática Datapoint de Colombia Ltda.

*una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activa, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*

[...]»

Si bien es cierto, el acápite de la jurisprudencia transcrita hace referencia a la legitimación en la causa que tiene CREMIL en los asuntos relacionados con los soldados profesionales en el incremento salarial y el posterior reajuste de la asignación de retiro, también lo es, que da una interpretación más allá, de poder establecer que todas estas entidades guardan una competencia compartida en estos procesos, (Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Caja de Retiro en este caso en estudio), lo que da la posibilidad de asumir la responsabilidad, según corresponda, sin necesidad de especificar en la demanda que se debe condenar a todas las entidades según la pretensión elevada.

En este caso, la excepción de ineptitud de la demanda, la declaró el Juzgado Décimo (10°) Administrativo, por considerar que **no** se «agotó vía administrativa» con relación a la pretensión de modificar la hoja de servicios en cuando al incremento salarial que solicita el demandante y posteriormente se remita a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que se reliquidó la asignación de retiro; no obstante, y haciendo un análisis completo de la situación y solicitudes del actor, se entiende que las pretensiones son compatibles unas con otras y se complementan entre sí, es decir, si se accede al reajuste salarial esto tiene incidencia directa en su prestación de retiro.

Continuando, se observa que el señor Gustavo Quiroga Balcarce, pretende que se le realice el incremento salarial del 20%, que considera, no se le está reconociendo en su calidad de soldado profesional, y que este aumento sea tenido en cuenta para modificar la hoja de servicios que sirve como soporte para reliquidar su asignación de retiro.

En ese orden, se entiende que la consecuencia del incremento salarial que se solicita, en el evento que tenga el derecho y se acceda, tendría incidencia directa con la asignación de retiro ya reconocida, razón por la que no se comparte la decisión el juez de primera instancia al indicar que desde la primera solicitud en sede administrativa, se debió precisar con exactitud que se modificara la hoja de servicios y posteriormente se enviará la misma a la Caja de Retiro para que fuera tenida en cuenta en el reajuste de la prestación.

Así las cosas, se concluye que **no** le asiste razón al juez de primera instancia al declarar probada de manera parcial la excepción de **ineptitud de la demanda**, pues, como ya se explicó, no es necesario agotar vía administrativa ya que, al prosperar la pretensión principal, se genera como consecuencia, la modificación de la hoja de servicios del actor, la cual repercute a su vez en el reajuste de la asignación de retiro que es competencia de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las razones expuestas.

En Consecuencia, se

### RESUELVE:

**Primero. Revocar** el auto de 10 de mayo de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Décimo (10°) Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró **probada de forma parcial la excepción de inepta demanda**, de conformidad a la parte motiva.

**Segundo.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, para continuar con el trámite pertinente, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334204820160069901  
Demandante : **Leovil Quinto Mosquera**  
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- Casur  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reconocimiento asignación de retiro

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el apoderado de la parte demandada (folios 132 a 136), contra la sentencia de 2 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 15 a 82) El señor Leovil Quinto Mosquera, por conducto de apoderada judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad del Oficio N° 4935 del 16 de marzo de 2016 que le negó el reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reconocer y pagar asignación de retiro con efectividad a la fecha de separación; ii) pagar a título de indemnización con fundamento en las Leyes 244 de 1995 y 80 de 1993 como sanción por no haber cancelado oportunamente los salarios dejados de percibir; iii) que todos los daños causados por la no prestación de los servicios, tanto de él como de su familia, desde la fecha en que se hizo acreedor a los mismos deben ser cancelados por la demandada; iv) se ajusten los valores adeudados conforme al índice de precios al

consumidor.

### **Fundamentos fácticos. -**

El demandante como soporte del presente medio de control, señaló los siguientes hechos:

Ingresó a la Policía Nacional desde el 1 de julio de 1995, como alumno del nivel ejecutivo de fecha 20 de agosto de 1996 hasta el 6 de febrero de 2013, donde laboró durante 17 años, 9 meses y 18 días.

Laboró ininterrumpidamente como intendente hasta la fecha de su retiro de la Policía Nacional.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – El demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por el acto administrativo demandado, los artículos 2°, 3°, 4°, 6°, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 121, 150-10, 218, 230 y 241; Ley 923 de 2004; Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012; Código Contencioso Administrativo.

Señaló que *«El Congreso de la República mediante ley 923 de 2004, fijó los criterios y objetivos del Régimen de Asignación de Retiro y Pensiones para el personal de la Fuerza Pública, frente a la cual no se podía discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de mi poderdante, y en esa situación se encontraba claramente definida en el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, norma que fue anulada por el honorable consejo de estado, haciéndose necesario acudir al segundo inciso del artículo 3.1 de la ley 923 de 2004 en el sentido de que con 15 años de servicio, retirado por cualquier causal tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro[...] [sic]».*

Expuso que en ningún caso podrá *«desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la fuerza pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por haber sido retirado del servicio por cualquier causal».*

**Contestación de la demanda.** - (folios 100 a 106) Dentro de la oportunidad respectiva la entidad accionada aseveró que *«[...] quienes se vincularon al Nivel Ejecutivo a partir del 31 de diciembre de 2004, están regidos por el Decreto 4433 de 2004, el cual establece entre 20 y 25 años de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro según la causal de desvinculación.»*

Explicó que *« [...] no resulta procedente acudir a lo pretendido por el demandante, esto es, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 2 del Decreto 1858 y en consecuencia la aplicación del Decreto 1212 de 1990, como quiera el IT ® LEOVIL QUINTO MOSQUERA, desde su ingreso a la Policía Nacional lo hizo al nivel ejecutivo y debe regirse por esta normatividad, teniendo en cuenta que nunca ha tenido o siquiera tuvo expectativa de acceder a la asignación de retiro con el tiempo de servicios contenidos en el canon N° 144 del aludido decreto».*

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 2 de mayo de 2018 (fs. 120 a 130), accedió a las súplicas de la demanda, y después de hacer un estudio normativo y jurisprudencial sobre el tema, manifestó que *«[...] si se tiene en cuenta que el demandante ingresó al servicio de la Policía Nacional según la hoja de vida como alumno del Nivel Ejecutivo el 20 de agosto de 1996 y al momento del retiro el 6 de febrero de 2013 se encontraba en el Nivel Ejecutivo, habiendo prestado sus servicios por más de 17 años, su asignación de retiro se debe reconocer y liquidar en los términos de los Decretos 1212 y 1213 de 1990.»*

Consideró que la entidad demandada no dio aplicación a los preceptos legales que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, razón por la cual el acto acusado quedó incurso en causal de anulación por violación directa de la ley.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación (fs. 132 a 136) donde solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda, además insistió en que «[...] el IT ® LEOVIL QUINTO MOSQUERA, ingresó a la Policía Nacional el 20 de agosto de 1996, como alumno del nivel ejecutivo, es decir, ingresó directamente al nivel ejecutivo, situación que no fue tomada en cuenta por el A Quo y que los fallos que declararon la nulidad de los artículos 51 del Decreto 1091 de 1995 y parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo no para acceder a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo no diferenciaron entre los vinculados directamente y los que se homologaron a dicha jerarquía policial tal como se enunció en párrafos anteriores, fundamentos jurisprudenciales que no son de aplicación a este caso, al igual que lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, pues tal como se mencionó antes, este numeral se refería al tiempo que debían continuar observando las normas en relación con el personal homologado de la Policía Nacional a quienes no se les podía hacer más gravosa su situación, por tanto, merecían especial protección.»

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido por auto de 6 de junio de 2018 (f. 141 y 142) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 16 de noviembre de 2018 (f. 159), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 5 de febrero de 2019 (f. 160), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada.

**Parte demandada** (Folios 161 a 163) La parte accionada reiteró que el demandante fue retirado de la institución policial el 6 de febrero de 2013 y que los Decretos 1212 y 1213 de 1990 establecen como tiempo mínimo para acceder al reconocimiento de la asignación mensual de retiro por la causal destitución un mínimo de 20 años, tiempo que no cumple el demandante, tras haber laborado en la Policía Nacional por espacio de 17 años, 9 meses y 18 días de conformidad a la hoja de servicios expedida por esa entidad.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Se contrae en determinar si al señor Leovil Quinto Mosquera le asiste razón jurídica o no para reclamar la asignación de retiro, por haber laborado por más de 15 años al servicio de la Policía Nacional - Nivel Ejecutivo.

**Tesis de la Sala.**- En el asunto sometido a estudio se procede a confirmar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, dado que a los miembros del Nivel Ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición del Decreto 4433 de 2004, caso en el cual se encuentra inmerso el actor, para efectos de acceder a la asignación de retiro, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento.

**Marco Jurídico.** - Mediante la expedición del Decreto 1212 de 1990, *«Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional»*, se establecieron requisitos mínimos para que dicho personal pudiera acceder al reconocimiento de la asignación de retiro; al respecto precisó:

---

<sup>1</sup> *«Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».*

**«Artículo 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.

**Parágrafo 1o.** La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

**Parágrafo 2o.** Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación».

Por su parte, el Decreto 1213 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional», en cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los agentes en su artículo 104, señaló:

**«Artículo 104. Asignación de retiro.** Durante la vigencia del presente estatuto, los agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la dirección general, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PAR. 1º—La asignación de retiro de los agentes que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo decreto.

PAR. 2º—Los agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al

*noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación».*

Ahora bien, el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional fue creado mediante la Ley 180 de 1995, disposición en la cual se permitió el ingreso a este nuevo nivel del personal de oficiales, suboficiales y agentes al servicio de la Policía Nacional y por medio del Decreto 1091 de 1995 de junio 17 de 1995, se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones en desarrollo de la Ley 4ª de 1992. Norma que en su artículo 51, dispuso:

*«Artículo 51. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá 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 le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*

*a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:*

- 1. Llamamiento a calificar servicio.*
- 2. Voluntad de la dirección general de la Policía Nacional.*
- 3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.*
- 4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.*

*b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:*

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por incapacidad profesional.*
- 3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.*
- 4. Por conducta deficiente.*
- 5. Por destitución.*
- 6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.*
- 7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.*

*PAR. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:*

- 1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y*
- 2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres».*

Sin embargo, la anterior disposición fue declarada nula por el Honorable Consejo de Estado mediante la sentencia del 14 de febrero del 2007, número interno 1240-2004, proferida por el consejero doctor Alberto Arango Mantilla.

Posteriormente, el Decreto ley 2070 de 2003, *«Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares»*, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, señaló en su artículo 25 que:

*«Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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».*

Sin embargo, este Decreto 2070 de 2003 también fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 432 de 2004 con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil.

Consecutivamente, en lo atinente al *sub lite*, se expidió la Ley 923 de 2004, que además de señalar las *«... normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...»*, estableció unos elementos mínimos que se debían tener en cuenta para el establecimiento de dicho régimen.

Así, por ejemplo, previó que el derecho a la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública *«... se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado»*. De igual manera, consagró que el tiempo de servicio para acceder a dicha prestación *«[...] será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años»* (numeral 3.1. del artículo 3º *ib*).

En atención a las directrices trazadas por la mencionada Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 31 de diciembre del mismo año, *«... por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública»*, para lo cual, en lo que respecta al caso concreto, precisó:

*«**Artículo 24.** Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta 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, así:*

*24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.*

*24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).*

*24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables...»*

No obstante, el 12 de abril de 2012 la Sección Segunda del Consejo de Estado anuló el párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incrementar la edad para acceder a la asignación de retiro.

De igual manera, el 11 de octubre de 2012, mediante providencia de la más alta corporación en materia contencioso administrativo, en otro proceso de nulidad declaró la cosa juzgada con base en las consideraciones de la decisión antes citada.

Igualmente, en decisión de 28 de febrero de 2013, se declaró la nulidad del artículo 11, párrafo 2°, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, párrafo 2, y 30 del Decreto 4433 de 2004, por desbordar las facultades otorgadas en la Ley.

Luego, el 23 de octubre de 2014 se declaró la nulidad de los artículos 14; párrafo del 15; 24; párrafo 1° del 25 y 30 del precitado Decreto 4433 de 2004, por quebrantar los límites que trazó el legislador en la Ley 923 de 2004.

En desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004 se promulgó el Decreto 1858 de 2012, normatividad que en su artículo 2 estableció:

*«Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas».*

Al respecto, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 3 de septiembre de 2018, con ponencia del doctor César Palomino Cortés, Radicado: 11001-03-25-000-2013-00543-00 No. Interno: 1060-2013, declaró con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 antes precitado.

En la anterior providencia el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«...la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.*

*(...)*

*En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos*

*en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.*

***Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental». (Negritas de la Sala)***

Así las cosas, se tiene que los miembros de la Policía Nacional pertenecientes al Nivel Ejecutivo homologados o incorporados de manera directa, antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, no se les puede pedir más del tiempo de servicio que se requería en las normas vigentes antes de dicho decreto, esto es durante la vigencia del Decreto 1212 y 1213 de 1990, los cuales para el caso concreto del retiro por voluntad propia exigían 20 años de servicios.

#### **Recuento del material probatorio que obra en el plenario**

- Oficio N° 4935/GAG SDP del 16 de marzo de 2016, en el que en respuesta a la petición del 10 de febrero de 2016 se informó que el señor IT. Leovil Quinto Mosquera, prestó sus servicios en la Policía Nacional por 17 años, 9 meses y 18 días, siendo desvinculado por destitución a partir del 6 de febrero de 2013, estando vigente el Decreto 4433 de 2004, el cual exige para efectos del reconocimiento de asignación de retiro 25 años de servicios, condición que no cumple el actor (folio 2).
- Solicitud de reconocimiento de asignación de retiro presentada por el señor IT. Leovil Quinto Mosquera ante la Policía Nacional (folios 5 a 7).
- Hoja de servicios N° 11797866 en la que consta que el señor IT. Leovil Quinto Mosquera, ingresó como alumno del Nivel Ejecutivo el 20 de agosto de 1996 y al Nivel Ejecutivo a partir del 25 de octubre de 1996 hasta el 6 de febrero de 2013, con un total de 17 años, 9 meses y 18 días (folio 8).

- Resolución 00131 del 22 de enero de 2013 por medio de la cual se ejecutó una sanción disciplinaria la cual consistió en él retiró del servicio activo entre otros, del intendente Leovil Quinto Mosquera, así como la inhabilidad para ejercer la función pública por el término de 10 años (folios 10 y 11).

- Certificado de información laboral en el que consta que el señor Leovil Quinto Mosquera laboró para la Policía Nacional desde el 1 de julio de 1995 al 6 de febrero de 2013 (folio 13).

**Caso concreto.** - El señor Leovil Quinto Mosquera pretende que se le reconozca su asignación de retiro por haber laborado por más de 15 años en la Policía Nacional, como miembro del Nivel Ejecutivo.

No obstante, la entidad accionada le negó el reconocimiento de la asignación de retiro (Oficio N° 4935/GAG SDP del 16 de marzo de 2016), bajo el argumento de que *«[...] el señor IT. Leovil Quinto Mosquera, prestó sus servicios en la Policía Nacional por 17 años, 9 meses y 18 días, siendo desvinculado por destitución a partir del 6 de febrero de 2013, estando vigente el Decreto 4433 de 2004, el cual exige para efectos del reconocimiento de asignación de retiro 25 años de servicios, condición que no cumple el actor»*.

Al respecto la Sala precisa que le asiste razón al *a quo* cuando aseguró que ante la declaratoria de nulidad del parágrafo 2, del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional en uso de sus facultades que le otorgó la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1858 de 2012, disponiendo en el artículo 2 que *«[...] para el personal que ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa antes del 31 de diciembre de 2004, señalando que aquellos acceden a la prestación siempre que acrediten veinte (20) años o más de servicios cuando son retirados por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General (sic) de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica; y veinticinco (25) años de servicio cuando se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos»*, por tanto, se comparte la decisión de acceder las pretensiones del demandante.

Lo anterior, por cuanto del recuento del material probatorio se evidencia que el señor Leovil Quinto Mosquera laboró para la Policía Nacional un total de 17 años, 9 meses y 18 días y que para el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se encontraba incorporado de manera directa en el Nivel Ejecutivo, estos es, desde el año 1996.

Al declararse la nulidad de los apartes del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 que exigía entre 20 y 25 años de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro y confrontar el contenido del inciso 2 del numeral 3.1 del art. 3 de la Ley 923 de 2004, que reza:

*«ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:  
(...)*

**A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (...)** (Subrayado de la Sala)

Se tiene que como el actor se encontraba en servicio activo a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 923, no se le podía exigir un tiempo de servicios superior a 15 años según lo establecido en la normatividad vigente para el 30 de diciembre de 2004, estos son, los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente para acceder a la asignación de retiro.

Aunado a lo anterior, se tiene que de conformidad con la reciente precisión efectuada por el Consejo de Estado en providencia del 3 de septiembre de 2018, en la que se estudió la legalidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, precitada en el acápite normativo, a los integrantes del Nivel Ejecutivo, que se encontraran activos al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicios superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que era la norma vigente para esa época, toda vez que al establecer como tiempos

mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, se desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública.

De otro lado, tampoco se comparte el criterio expuesto por la entidad recurrente en torno a asimilar la figura de la destitución a la separación absoluta y no a la de mala conducta, ya que tanto la normativa del Decreto 1212 como del 1213 de 1993 contemplaron la figura del retiro por mala conducta, y si bien no estipularon la causal de destitución, si logra inferir esta Sala dos situaciones, la primera es que las precitadas normas contemplaron un amplio número de causales de retiro para ser beneficiario de una asignación de retiro con un tiempo de servicio de 15 años y la segunda, es que la razón del retiro del demandante obedeció a una investigación disciplinaria con sanción, es decir por un calificativo de mala conducta.

En ese orden de ideas y atendiendo que el demandante se encontraba vinculado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional para el 31 de diciembre de 2004, y que para esa fecha las normas vigentes en materia de reconocimiento pensional eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990 (en atención a que la demás normatividad que reguló el asunto fue posteriormente declarado nulo), y que dichos decretos establecían a la par que para acceder al reconocimiento de asignación de retiro por la causal mala conducta se requería de 15 años de servicios, requisito que fue reunido por el señor Leovil Quinto Mosquera, la Sala arriba a la conclusión que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

**De la condena en costas.** - Por otro lado, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP)<sup>2</sup>, «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

---

<sup>2</sup> Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1º de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B», administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

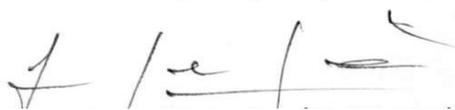
**Primero: Confirmar** la sentencia de dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá, que accedió a las súplicas de la demanda interpuesta por el señor Leovil Quinto Mosquera contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur, conforme a las consideraciones expuestas.

**Segundo:** Sin condena en costas

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-017-2017-00039-01  
Demandante : **José Evaristo Miranda Ojeda**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 117 y 118) contra la sentencia del 04 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 104 a 110).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 12 a 34) El señor José Evaristo Miranda Ojeda, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio identificado con el consecutivo 2016-40413 del 16 de junio de 2016, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro teniendo en cuenta (a) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60%; y (b) lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica

adicionarle el 38,5% de la prima de antigüedad; (ii) ajustar la asignación de retiro año por año, a partir del momento en que le fue reconocida; (iii) indexar las sumas adeudadas, de conformidad con los artículos 187 del CPACA y 280 del CGP; (iv) pagar intereses moratorios sobre los valores que resulten a su favor; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional y posteriormente se vinculó como soldado voluntario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985.

Por disposición del Ejército Nacional a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la institución.

Previo al cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil mediante la Resolución 3588 del 07 de noviembre de 2006 le reconoció una asignación de retiro.

El 31 de mayo de 2016 solicitó ante la accionada el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta la base de liquidación establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000. Petición que fue negada por medio del Oficio 2016-40413 del 16 de junio de 2016.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política. Igualmente, consideró que se desconocieron las Leyes 131 de 1985; 4ª de 1992; y 923 de 2004; así como los Decretos 1794 de 2000 y 4423 de 2004.

Para el efecto, afirmó que la entidad accionada le reconoció erróneamente la asignación de retiro, toda vez que le fue liquidada teniendo en cuenta el salario básico incrementado en un 40%, cuando correspondía a un incremento de un 60%, tal como lo aclaró el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset

Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado 85001333300220130006001 (3420-2015).

Igualmente, indicó que desde el reconocimiento de la asignación de retiro también le están liquidando mal, puesto que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) le aplica el 70% a la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que conlleva a una doble afectación de la partida de la prima de antigüedad.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 32 a 52) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste solicitado con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en razón a que en su criterio es el Ministerio de Defensa Nacional el encargado de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública, además de expedir la hoja de servicios en la que Cremil se fundamenta para reconocer y pagar la asignación de retiro.

Expuso que el reconocimiento de la asignación de retiro se realiza teniendo en cuenta el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, tal como corresponde. Por tanto, no se acreditó la falsa motivación en las actuaciones de esa entidad y en razón a ello no se configura ninguna causal de nulidad, máxime cuando el acto acusado se ajustó a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 04 de septiembre de 2018 (fs. 104 a 110) accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que al señor José Evaristo Miranda Ojeda le asistía derecho a que su asignación de retiro fuese reajustada teniendo en cuenta la asignación salarial básica incrementada en un 60% por haberse encontrado vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 para el 31 de diciembre de 2000 y posteriormente haber sido vinculado como soldado profesional; además de encontrar que la entidad accionada aplicó de manera equivocada la fórmula prevista en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, la autoridad judicial en mención, en el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, declaró la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 09 de diciembre de 2011, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, que establece en cuatro años el término de prescripción de los derechos consagrados para aquellos soldados. Lo anterior, toda vez que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro al actor mediante la Resolución 3588 del 07 de noviembre de 2006, efectiva a partir del 30 de ese mes y año, y aquel elevó derecho de petición de reajuste solo hasta el 31 de mayo de 2016.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada.** - (fs. 117 y 118) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) inconforme con la decisión emitida por el juez de primera instancia interpuso recurso de apelación, en el entendido de que a su juicio se incurrió en un error por parte del operador jurídico al decretar la prescripción de las mesadas, puesto que de acuerdo con el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la prescripción de las mesadas es de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, y no de cuatro años en virtud del Decreto 1211 de 1990 como lo aplicó el *a quo*.

Asimismo, manifestó que no había lugar a reconocer un porcentaje equivalente al 58.50% correspondiente a la prima de antigüedad, comoquiera que no existe norma que así lo contemple, por lo que deberá revocarse la sentencia recurrida, en especial en lo que respecta a este punto, máxime cuando esa entidad realizó correctamente la liquidación de la asignación de retiro del demandante.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandada fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto del 31 de octubre de 2018 (f. 140) y admitido por esta Corporación en auto del 08 de abril de 2019 (f. 149); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 24 de septiembre de 2019 (f. 151), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.** - (fs. 152 a 156) Insistió en que el 38.5% de la prima de antigüedad debe establecerse del 100% de la asignación básica, sin que haya lugar a aplicarle el 70% como lo hizo la entidad demandada al momento de liquidarle su asignación de retiro. Para el efecto, citó varias sentencias emitidas por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en las que se ha explicado la forma correcta de aplicar los porcentajes en la liquidación de la prestación económica en mención.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor José Evaristo Miranda Ojeda fue liquidada conforme a derecho o, si contrario a ello, debe ser reajustada.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, en lo que concierne a la prescripción de las mesadas reconocidas al señor Miranda Ojeda, puesto que el *a quo* aplicó erróneamente la prescripción cuatrienal a la que refiere el Decreto 1211 de 1990, cuando al caso particular corresponde aplicar la prescripción trienal de que trata el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, de acuerdo con las consideraciones que pasan a estudiarse.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

<sup>4</sup> Párrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del

---

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 31 de mayo de 2016 por el señor José Evaristo Miranda Ojeda ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de obtener el reajuste de su asignación de retiro en un 20% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad (fs. 2 a 4).
- b) Oficio 2016-40413 del 16 de junio de 2016, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor (f. 5).
- c) Certificación emitida el 13 de junio de 2016 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor José Evaristo Miranda Ojeda en la última unidad donde prestó sus

servicios militares fue en el Batallón de Artillería # 13 GR Fernando Landazaba en Bogotá D.C. (f. 7).

- d) Hoja de servicios identificada con el consecutivo 3-00088154754 del 22 de septiembre de 2006, en la que se observa que el demandante prestó servicio militar desde el 16 de junio de 1986 hasta el 31 de marzo de 1988; posteriormente fue soldado voluntario entre el 1.º de abril de 1988 hasta el 1.º de noviembre de 2003; y estuvo como soldado profesional desde el 1.º de noviembre de 2003 hasta el 30 de agosto de 2006, fecha en la que inició sus tres meses de alta por tener derecho a la pensión. Igualmente, se tiene que percibió sueldo básico, prima de antigüedad, bonificación por orden público y seguro de vida (f. 8).
- e) Resolución 3588 del 07 de noviembre de 2006, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor José Evaristo Miranda Ojeda, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 9 y 10).
- f) Expediente administrativo correspondiente al señor José Evaristo Miranda Ojeda (fs. 62 a 77).

**Caso concreto.** - El señor José Evaristo Miranda Ojeda a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima.

Pues bien, en principio se advierte que comoquiera que el demandante fue infante voluntario, que se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó como soldado profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985 y el art. 1 del Decreto 1794 de 2000, conforme se expuso en el acápite del

marco normativo.

Ahora, teniendo en cuenta que la **asignación de retiro** de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgar, como lo determinó el juez de primera instancia.

En relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales es computable para efecto de la liquidación calculando el 38.5% a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

No obstante, de lo afirmado por el demandante, lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada, en el caso concreto la asignación de retiro le fue computada teniendo en cuenta el 70% de la suma del salario básico (que a su vez es el resultado del salario mínimo incrementado con el 40%) y la prima de antigüedad (calculada en el 38.5% del salario mínimo con el incremento del 40%). Por tanto, deberá ajustarse en los términos dispuestos en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, esto es, para el caso particular «(salario incrementado en el 60% x 70%) + (salario incrementado en el 60% x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia al considerar que en efecto la entidad demandada al reconocerle la asignación de retiro del señor José Evaristo Miranda Ojeda aplicó de forma incorrecta la fórmula dispuesta para ello.

Ahora, en lo que concierne al argumento expuesto por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) en el recurso de apelación, en relación con que el *a quo* en la decisión de primera instancia ordenó reajustar la asignación de retiro teniendo en cuenta un 58.50% de la prima de antigüedad, ha de precisarse que no fue así, puesto que acertadamente se ordenó

reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta el 70% del salario básico incrementado en un 60% y a este resultado sumarle el 38.5%, porcentaje que corresponde a la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el demandante al momento de su retiro percibía por dicho factor en el equivalente al 58.50%.

Y, en lo que tiene que ver con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emitida por el Consejo de Estado, la Sala resalta que esa decisión resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Por otro lado, en lo que se refiere a la **prescripción**, en efecto habrá que modificarse la sentencia del 04 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dado que si bien es cierto había sido postura de varias subsecciones del Consejo de Estado y de otros despachos judiciales inaplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, basado en una presunta extralimitación del poder ejecutivo, para en su lugar aplicar la prescripción cuatrienal de que trata el Decreto 1211 de 1990, también lo es, que a partir del auto del 27 de julio de 2017<sup>9</sup>, que negó la suspensión de la inaplicación del mentado artículo, quedo incólume dicha norma que regula que la prescripción de las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es trienal.

Aunado a ello, años más tarde la misma Corporación zanjó definitivamente dicha discusión al proferir la sentencia del 10 de octubre de 2019<sup>10</sup>, en la que se arribó a la conclusión de que no existía un sustento jurídico para continuar inaplicado la regla de prescripción trienal contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que la norma reunía los parámetros de validez.

---

<sup>9</sup> Consejo Estado, auto del 27 de julio de 2017 C.P doctor William Hernández Gómez.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2019, C.P doctor William Hernández Gómez, Rad11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015).

Por tanto, al haberse denegado la pretensión de nulidad formulada en contra del artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 «*Por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*», se concluye que la norma vigente para estos efectos pensionales de los miembros de la Fuerza Pública continúa siendo la prescripción trienal.

En ese orden de ideas, la Sala rectifica cualquier postura en la que haya dado aplicación a la prescripción cuatrienal para el caso del régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ya que, si bien en algún momento esta fue su tesis, dicha consideración cambio al negarse la suspensión de la aplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y principalmente al haberse resuelto de manera negativa la pretensión de nulidad en contra de la citada norma.

Por consiguiente, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia del cuatro (04) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas causadas antes del 31 de mayo de 2013 de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, comoquiera que la asignación de retiro le fue reconocida al actor por medio de la Resolución 3588 del 07 de noviembre de 2006, efectiva a partir del 30 de ese mes y año, y aquel solicitó el reajuste ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) el 31 de mayo de 2016.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

**FALLA:**

**Primero. - Modificar** el ordinal cuarto de la sentencia del cuatro (04) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas causadas antes del 31 de mayo de 2013 de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

**Segundo.- Confirmar** en lo demás la sentencia impugnada.

**Tercero. - Sin condena en costas.**

**Cuarto. - Ejecutoriada esta providencia, devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado

Amch



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501120170011601  
Demandante : **Nelson Vargas Vargas**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión invalidez

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada (fs. 159 a 163) y demandante (folios 165 a 167), contra la sentencia del 11 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 149 a 157).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 79 a 88). El señor Nelson Vargas Vargas, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que se declare la nulidad de la Resolución GNR 182821 del 21 de junio de 2016 que negó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en sus últimos 10 años de servicios y la Resolución VPB 32088 del 10 de agosto de 2016, que confirma el primer acto acusado.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) reliquidar la pensión invalidez con el 66% de la totalidad de factores de salario devengados durante los diez años anteriores al retiro del servicio, efectiva a partir del 17 de junio de 2013; ii) pagar la totalidad de las diferencias adeudadas conforme al índice de precios al consumidor; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 del C.P.A.C.A.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante relató como soporte del presente medio de control los siguientes hechos:

Laboró ante el Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 1 de agosto de 1997 hasta el 17 de junio de 2013.

Fue calificado con el 58.10% de pérdida de la capacidad laboral, la cual fue estructurada desde el 26 de agosto de 2009.

Como consecuencia de lo anterior, el Instituto del Seguro Social le reconoció y pagó una pensión de invalidez mediante la Resolución 07016 del 27 de febrero de 2012.

La Resolución GNR 095248 del 15 de mayo de 2013, modificó la anterior resolución y la ingresó a nómina.

El 13 de mayo de 2016 solicitó la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante los diez años anteriores a su retiro del servicio.

A través de la Resolución GNR 182821 del 21 de junio de 2016, Colpensiones negó la anterior petición. Contra dicho acto se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera negativa en la Resolución VPB 32088 del 10 de agosto de 2016.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – El demandante citó como normas vulneradas los artículos 2, 4, 13, 25, 48 inciso final, 53 inciso 3 y 5; Código Civil, 10 de la Ley 57/87; 5 Ley 4/66; 4 de la Ley 71 de 1988; Ley 812 de 2003; Decretos 1848 de 1969; 1042 de 1978; 127 del Código Sustantivo del Trabajo Convenio 95 Organización Internacional de Trabajo OIT.

Concluyó que independiente de la denominación que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS le haya dado a los emolumentos percibidos, todos constituyen factores de salario, los cuales deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión.

Consideró que los factores que deben ser incluidos en el ingreso de liquidación corresponden a asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de riesgo.

Explicó que las partes no dispusieron que los mencionados factores no constituyeran salario y que si bien es cierto que, el Consejo de Estado ha establecido respecto a la Ley 33 de 1985 la posibilidad de incluir la totalidad de factores salariales en el ingreso base de liquidación, también lo es, que se puede desarrollar este concepto atendiendo a la favorabilidad laboral.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 100 a 110) La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que al actor no le asiste derecho alguno a que se le reliquide la pensión reconocida.

Señaló que el demandante acreditó un total de 8.630 días laborados correspondientes a 1.232 semanas. Asimismo, precisó que nació el 24 de junio de 1962 y actualmente cuenta con 55 años.

Explicó que el concepto emitido por el Instituto de Seguros Sociales le calificó una pérdida del 58.10% de capacidad laboral estructurada el 26 de agosto de 2009, mediante dictamen N° 4190 del 21 de octubre de 2009. Adujo que de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Aseveró que, una vez realizado el estudio de reliquidación pensional, se puede evidenciar que no se le generaron valores a favor del pensionado, pues una vez revisado el aplicativo de nómina actualmente el señor Nelson Vargas Vargas, devenga por concepto de mesada \$ 798.424,00 y el valor arrojado en el estudio de reliquidación arrojó \$ 797,099,00.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de

mayo de 2018 (fs. 149 a 157), accedió a las pretensiones de la demanda al colegir que «[...] existe una diferencia entre los ingresos tomados por la entidad. Al parecer no tuvo en cuenta el factor de prima de riesgo en los porcentajes indicados en los parágrafos 3 y 4 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, que debían adicionarse a la asignación básica y a la bonificación por servicios tal como lo señaló la misma normatividad.»

Narró que «Frente a los demás factores, no es factible ordenar la inclusión de los mismos, toda vez, [que] la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado, a la que alude el actor en las Leyes 33 y 62 de 1985, y en el caso concreto, la pensión invalidez fue reconocida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003, con el monto de 66% del ingreso base de liquidación, con los factores señalados en el párrafo 3 y 4 del Artículo 2 de la Ley 860 de 2003. De otra parte, tal como lo dispuso la Corte Constitucional, en sentencia SU-395 de 2017 “los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994”».

### III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

**Parte demandada.** - (fs. 159 a 163) Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que el régimen de transición «[...] en ninguno de sus apartes, determina que para establecer el monto de la liquidación previsto en el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 nos remite a la norma anterior más beneficiosa, pero si indica claramente que las demás condiciones y requisitos aplicables, diferentes a la edad, tiempo y monto, serán los contenidos en la Ley 100 de 1993. Es decir, la pensión correspondiente, cuyo status se adquiriera en vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe liquidar sobre los factores de salario devengados y consagrados en el Decreto 1158 de 1994, en concordancia con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al calcular la cuantía jubilatoria o ingreso base de jubilación o en su defecto el artículo 21 de la misma norma.»

**Parte demandante.** – (folios 165 a 167) Señaló que aun cuando el juez accedió a las pretensiones de su demanda, no reconoció la totalidad de factores salariales amparados en que la sentencia del 04 de agosto de 2010 fue desarrollada bajo la Ley 33 y 62 de 1985, aspecto con el que no está de acuerdo ya que la noción de salario es universal, por lo que considera que deben incluirse todos.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos de apelación interpuestos por las partes fueron concedidos por auto del 13 de agosto de 2018 (f. 176) y admitidos por esta Corporación a través de proveído del 16 de noviembre de 2018 (f. 183), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** – Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 29 de marzo de 2019 (f. 185), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte demandada.

**Parte demandada.** - (fs. 186 a 195) Insistió en que no le asiste derecho a la parte accionante al reconocimiento de reliquidación de su pensión teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicio sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones debido a que, una vez estudiado el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con la norma y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente, se tiene que el reconocimiento fue legal.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.**- Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si al señor Nelson Vargas Vargas, le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el reajuste o reliquidación de su pensión de invalidez, con la inclusión de todos

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

los factores salariales devengados en los últimos diez años de servicios.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones que se pasan a exponer.

**Marco normativo.** - La Sala procede a determinar la solución que en derecho corresponde en punto de resolver el problema jurídico planteado, y para ello estudiará la normativa especial en materia de pensión de invalidez y el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

**Pensión invalidez.** - En cuanto a las normas de pensión de invalidez, en Colombia han existido tres regímenes pensionales desde el año 1990, estos son i) el Decreto 758 de 1990; ii) Ley 100 de 1993; y iii) Ley 860 de 2003.

El Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, estableció en su artículo 6° las condiciones para acceder a la pensión de invalidez así:

*«Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.»*

De esta manera, para reconocer la pensión de invalidez este régimen exigía: (i) un total de 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; o (ii) 300 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

No obstante, dicha normativa fue derogada por la Ley 100 de 1993, la cual en esta materia dispuso en sus artículos 38, 39 y 40 los requisitos y monto de la pensión de invalidez en los siguientes términos:

*«ARTICULO. 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

*ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:*

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y*
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

*PARAGRAFO. -Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.*

*ARTICULO 40. Monto de la Pensión de Invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*

- a) El 45 % del ingreso base de liquidación, más el 1.5 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66 %;*

- b) El 54 % del ingreso base de liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras 800 semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66 %.*

*La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75 % del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.*

*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.»*

En vista de lo anterior para que una persona pudiera acceder a esta pensión bajo el régimen de la Ley 100 de 1993 era necesario que para el momento de la estructuración de la invalidez el afiliado estuviera cotizando y que hubiera aportado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo; o que, en caso de haber dejado de cotizar, hubiera efectuado aportes durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

Posteriormente, la Ley 860 de 2003 modificó algunos aspectos de la Ley 100 de 1993. En lo relativo a la pensión de invalidez, estableció en el artículo 39 lo siguiente:

«Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.» (Líneas tachadas fueron declaradas inexecutable en la sentencia C-428 de 2009).

En cuanto a la base de la cotización de los funcionarios del DAS la misma normativa dispuso:

«Artículo 2°. Definición y campo de aplicación. El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1° y 2° del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 1°. Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los Servidores Públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente como servidores del Departamento de Seguridad, DAS, en los cargos señalados en los artículos 1° y 2° del Decreto 2646 de 1994.

Parágrafo 2°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS). La pensión de vejez se sujetará a los siguientes requisitos: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad. 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas

*requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.*

*Parágrafo 3°. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para el personal del DAS del que trata la presente Ley, será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.*

*Parágrafo 4°. Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización para los servidores públicos a que se refiere este artículo, estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un 40% de la prima especial de riesgo a la que se refieren los artículos 1° y 2° del Decreto 2646 de 1994. El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007.»*

Esta última norma que aun continua vigente (en los apartados que no fueron declarados inexecutable), estableció como requisito la cotización de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Así mismo, esta normativa determinó que en caso de que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo necesitará haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

Dictamen N° 4190 del 28 de octubre de 2009 efectuado al señor Nelson Vargas Vargas, con fecha de estructuración 26 de agosto de 2009, en el que se le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 58,10% como enfermedad común (folio 2).

Resolución 07016 del 27 de febrero de 2012 expedida por el Instituto del Seguro Social, a través de la cual se concedió pensión de invalidez financiada por bono pensional conforme a la Ley 860 de 2003, al asegurado Nelson Vargas Vargas en cuantía de \$ 1.040.590, a partir del 1 de marzo de 2012 (folios 3 a 6).

Resolución GNR 095248 del 15 de mayo de 2013 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que modificó e ingresó a nómina de pensionados la Resolución 07016, que reconoció pensión de invalidez al actor señalando una cuantía en \$ 1.415.332 (folios 7 a 10).

Derecho de petición de fecha 13 de mayo de 2016 presentado por el señor Nelson Vargas

Vargas ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en el que solicitó la reliquidación de la pensión invalidez incluyendo en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados los doce meses anteriores al retiro del servicio o, que si por favorabilidad se mejora su situación se reliquide conforme a lo percibido en los diez últimos años de servicio (folios 12 a 16).

Certificados de factores salariales devengados por el señor Nelson Vargas Vargas por los años 2003 a 2013, en los que consta la totalidad de los conceptos devengados mes a mes, tales como primas, bonificaciones, sobresueldos, auxilios, subsidios, reajustes, horas extras, dominicales, recargos festivos (folios 18 a 29).

Cédula de ciudadanía del señor Nelson Vargas Vargas en la que consta que nació el 24 de junio de 1962 (folio 30).

Resolución GNR 182821 del 21 de junio de 2016 por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de invalidez del señor Nelson Vargas Vargas (folios 34 a 36).

Recurso de apelación interpuesto el 6 de julio de 2016 por el señor Nelson Vargas Vargas ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la Resolución GNR 182821, en el que solicita que se revoque el acto recurrido (folios 37 a 41).

Resolución VPB 32088 del 10 de agosto de 2016 proferido por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, mediante la cual confirmó en todas sus partes la Resolución GNR 182821 (folios 63 a 65).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, se advierte que lo perseguido por el señor Nelson Vargas Vargas es que se le reliquide su pensión de invalidez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados los 10 años anteriores a su retiro del servicio.

La Sala considera que para resolver el problema jurídico planteado, es oportuno empezar por definir que la pensión de invalidez se encuentra regulada en los artículos 38, 39 y 69 de la Ley 100 de 1993, modificado el segundo por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, la cual señaló nuevos condicionamientos para obtener la pensión de invalidez, y según su artículo 5° entró

a regir a partir de su promulgación, por consiguiente no cabe duda que para la fecha de estructuración de la invalidez del demandante (26 de agosto de 2009), ya se encontraba en pleno vigor, por lo que es la normativa aplicable en este asunto.

Del análisis integral del expediente se tiene que al demandante se le diagnosticó una pérdida de la capacidad laboral del 58,10%, con fecha de estructuración 26 de agosto de 2009. Por ello a través de la Resolución 07016 el Instituto del Seguro Social le concedió una pensión de invalidez, la cual fue reconocida a partir del 1 de marzo de 2012, teniendo en cuenta 1.216 semanas sobre un ingreso base de liquidación de \$1.040.590, al cual se le aplicó el 66%. Acto este último que fue modificado a través de la Resolución GNR 095248 del 15 de mayo de 2013, elevando la cuantía a \$ 1.415.332.

Igualmente, del proceso se desprende que el señor Nelson Vargas Vargas laboró como guardián del Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 1 de agosto de 1997 hasta el 31 de enero de 2012.

Asimismo, del estudio de los actos enjuiciados se observa que el ingreso base de liquidación tenido en cuenta por la entidad accionada para liquidar la prestación del demandante fue el dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que establece que «*Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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 o en todo el tiempo si este fuere inferior [...]»*

Ahora, sobre las razones de inconformidad planteadas por las partes en los recursos de apelación que ocupan la atención de esta Sala, se tiene que estos obedecen de una parte, a que la entidad accionada considera que la reliquidación pensional debe efectuarse conforme a las reglas de liquidación dispuestas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994 sobre los que se realizaron aportes, y de otra parte, el demandante considera que deben incluirse todos los factores devengados los 10 años anteriores al retiro del servicio.

Respecto a las alegaciones de la demandada se destaca, que en este caso el demandante al haber laborado en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en un cargo de alto riesgo y al haberse estructurado su pérdida de la capacidad laboral el 26 de agosto de 2009,

tiene derecho a que se le aplique lo dispuesto en la Ley 860 de 2003 no solo en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, sino también en lo relativo al monto de la liquidación de la misma, ya que el tipo de actividad desempeñada le permite acceder a un monto de cotización especial.

Así las cosas, la reliquidación de pensión del señor Nelson Vargas Vargas será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador y el Ingreso base de cotización estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un 40% de la prima especial de riesgo. El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007. Todo esto conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 860 de 2003.

Lo anterior, en atención a que el demandante al haber desempeñado una actividad catalogada como de alto riesgo cuenta con un régimen especial que le permite la inclusión de la prima de riesgo en su liquidación pensional, además de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los que haya hecho aportes.

En cuanto a las alegaciones del demandante, se precisa que su apelación persigue que se reconozca la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos diez años anteriores al retiro del servicio basado en el concepto universal de salario, aspecto sobre el cual esta Sala de Decisión ya se ha pronunciado en recientes providencias donde ha expuesto que se acoge la actual postura del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sus sentencias de unificación donde en materia pensional se ha precisado que para pensiones causadas después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 solo se reconocen los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hayan efectuado aportes.

Por tanto, se aclara que para este caso específico solo se tendrá en cuenta para efectos de la reliquidación pensional solicitada los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y lo dispuesto en la Ley 860 de 2003 por ser esta normativa la que regula específicamente el tema de la pensión invalidez, siempre y cuando sobre ellos se hubieren efectuado aportes.

En ese orden de ideas, se confirmará la providencia del juez de primera instancia ya que

del estudio de los factores devengados por la parte demandante (asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, factores vacaciones y prima de riesgo) en paralelo con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 (asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y bonificación por servicios prestados) se tiene, que los únicos factores que deben ser incluidos en la liquidación de la pensión invalidez del actor son la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Adicional a ello se debe incluir la prima de riesgo en un 40%. Ese porcentaje del cuarenta por ciento (40%) se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007.

En esos términos, se confirmará la sentencia del 11 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, así:

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de

«[...]

*Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia" y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...]».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esvarón argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del proceso adelantado por el señor Nelson

Vargas Vargas contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

LC



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-018-2017-00119-01  
Demandante : **Ruth Garzón Mojica**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reconocimiento mesada adicional de junio o mesada catorce (14) establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 87 a 90), contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2018, por el entonces Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 26 a 33) La señora Ruth Garzón Mojica, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos.:

- GNR 297509 de 10 de octubre de 2016, proferida por el gerente nacional de reconocimiento de Colpensiones, mediante la cual se negó el reconocimiento de la mesada adicional de junio de una pensión de vejez a la actora (fs. 8 y 9).
- VPB 44882 de 16 de diciembre de 2016, expedida por la vicepresidente de beneficios y prestaciones de Colpensiones, por la cual se resolvió un recurso de apelación en contra de la anterior decisión confirmándola en todas sus partes (fs. 20 a 24).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se

ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones a: (i) reconocer y pagar la mesada 14 de la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; ii) indexar la primera mesada, para los años 2011 a 2012 fecha en que adquiere el derecho; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y iv) condenar en costas a la demandada.

**Fundamentos fácticos.-** La demandante relató como soporte del presente medio de control lo siguiente: Nació el 7 de agosto de 1957.

Laboró en entidades públicas desde el 9 de agosto de 1978 hasta el 27 de noviembre de 2011. Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, al 1° de abril de 1994, contaba con más de 15 años de prestación de servicio, por lo que se encontraba amparada por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El ISS mediante Resolución 27537 de 10 de agosto de 2011, le reconoció pensión de invalidez en cuantía de \$1.883.803, a partir del 1° de septiembre de 2001, condicionada al retiro. Realizó el último aporte en calidad de empleada pública en la Supersociedades hasta el 27 de noviembre de 2011 teniendo derecho a la indexación de la primera mesada, toda vez que cumplió el status de pensionada el 7 de agosto de 2012.

El 1° de septiembre de 2016, elevó solicitud ante la entidad, de reconocimiento y pago de la mesada 14 de conformidad al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la cual negó Colpensiones mediante Resolución GNR 29509 de 10 de octubre de 2016.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 13, 48, y 53 de la Constitución Política, de orden legal: 27 del Decreto 3135 de 1968; 73 del Decreto 1848 de 1969; Decreto 1042 de 1978; 45 del Decreto 1045 de 1978; 1° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1158 de 1994; 36 y 142 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Aseguró que al contar con el tiempo de cotización necesario antes de la entrada en vigencia

del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía ya un derecho adquirido esto es, al reconocimiento de la pensión y la mesada adicional de junio a pesar de devengar más de 3 salarios mínimos, el cual estaba sometido para su disfrute al cumplimiento de la edad como lo ha reiterado la jurisprudencia de las altas cortes.

Indicó que teniendo en cuenta el principio de condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se resalta que al 25 de julio de 2005 la demandante contaba con más de 20 año de servicio, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio de conformidad con la Ley 33 de 1985.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 51 a 66) La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos, y otros no le constan, adujo que la reliquidación pensional de la señora Ruth Garzón se reconoció conforme a derecho teniendo en cuenta todos los presupuestos aplicables, por lo que no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

Indicó que se debe dar aplicación a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional de manera preferencial, donde se aduce que se deben emplear las reglas señaladas en los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100/93 (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior) pero el IBL (los 10 años o los que le hiciere falta) y factores taxativos del Decreto 1158/94, y lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Afirmó que no ha nacido obligación para la entidad, toda vez que esta reconoció el derecho de conformidad con lo establecido en la ley, así mismo difiere de las pretensiones de la demanda en lo que corresponde a la inclusión de todos los factores salariales, pues afirma que liquidó la pensión conforme a lo señalado en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

## II PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 19 de julio de 2018 (fs. 79 a 83), negó las súplicas de la demanda, así:

Con relación a la solicitud de la mesada 14, adujo que la actora adquirió el derecho de la pensión de vejez a partir del 7 de agosto de 2012, esto es con posterioridad al 31 de julio de 2011 «[...] la cual fue reconocida disfrutan de la mesada catorce, pues como se evidencia de la Resolución Nos. GNR 120530 del 7 de abril de 2014, ascendió a la cuantía de \$3.083.044.00 m/cte [...]», razón por la que no le asiste el derecho reclamado a la actora, toda vez que no advierte la vulneración de los principios y derechos constitucionales, ni la transgresión a las normas legales en que se fundamentó la nulidad.

Respecto a la indexación de la primera mesada por considerar que no se le realizó el último aporte en calidad de empleada pública de la Superintendencia de Sociedades el 27 de noviembre de 2011 y por ende se debe actualizar con el IPC de los años 2011 a 2012, ya que cumplió el status pensional el 7 de agosto de 2012.

Señaló que comparando lo devengado por la actora al momento del retiro con el incremento del IPC para el año siguiente hasta la fecha en que adquirió el derecho a la pensión de vejez, se concluye que la entidad demandada actualizó la asignación básica, en ese sentido resulta claro que al haberse indexado la mesada para el año 2012 y sucesivamente hasta la fecha de la inclusión en nómina, no habrá lugar a acceder a esta petición.

Por lo que negó las pretensiones de la demanda

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, mediante escrito de 31 de julio de 2018, donde solicitó revocar la sentencia de 19 de julio de 2018, al considerar que:

Nació el 7 de agosto de 1957, es decir que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicios laborados con entidades públicas y privadas, cumpliendo con los requisitos necesarios para encontrarse amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tiene el derecho adquirido a la mesada adicional de junio de la pensión de vejez de conformidad a lo determinado por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985.

Al contar con el tiempo de cotización necesario antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, el 25 de julio de 2005, teniendo derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio en la pensión de vejez, a pesar de devengar más de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Indicó que las altas cortes «[...] se han pronunciado favorablemente en relación con la liquidación o reliquidación de la pensión con todos los factores que constituyen **SALARIO** para las personas que se encuentren dentro del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, independientemente si la Caja de Previsión hizo o no los descuentos para pensión [...]».

#### IV TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 23 de agosto de 2018 (f. 92) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 22 de febrero de 2019 (f. 105), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de fecha 12 de abril de 2019 (f. 107), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes, así:

✓ **Entidad demandada.-** (fs. 108 a 120). A través de escrito de 2 de mayo de 2019, manifestó que no le asiste razón a la parte demandante en solicitar la mesada 14, toda vez que el status lo cumplió el 7 de agosto de 2012, es decir después del 31 de julio de 2001, por lo que no es procedente el pago de la mesada solicitada «[...] una vez estudiado el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y constatados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente, es notable una ausencia de sustento jurídico que justifique acceder a las pretensiones [...]» (sic).

✓ **Parte demandante.-** (fs. 122 a 131). Relató que tiene derecho consolidado por ser beneficiaria del régimen de transición, lo que la hace acreedora de la aplicación de la

prestación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Basó su situación en derechos y principios constitucionales como el principio de favorabilidad, la retroactividad de la ley, principio de inescindibilidad, derecho a la igualdad, derecho al acceso de la administración de justicia, principio de confianza legítima, irrenunciabilidad a beneficio mínimos laborales, entre otros.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Cuestión previa.-** Se observa que la señora Ruth Garzón Mojica, parte actora, apeló la decisión de primera instancia, **únicamente** en lo relacionado al reconocimiento en su pensión de la mesada adicional de junio a pesar de devengar más de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que por ser beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que se le incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio como lo establece la Ley 33 de 1985, como la mesada adicional, razón por la que se estudiará **solo** la inconformidad alegada en el recurso de apelación, en virtud del principio de la *no reformatio in peius*.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar el reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio o mesada catorce (14), para que forme parte del ingreso base de liquidación en la pensión de vejez, por estar amparada por el régimen de transición.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que **negó** las pretensiones de la demanda, de conformidad a los argumentos que se pasan a exponer, abracando los siguientes temas así: i) régimen de transición; ii) naturaleza

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

y presupuestos de la mesada adicional para pensionados o mesada catorce; iii) de lo probado en el proceso; iv) caso concreto; v) costas del proceso.

**i) Régimen de transición.-** La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

«[...]

*92. 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».***

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

***94. 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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad,

tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Es claro que el régimen de transición solo cobijó el beneficio en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión y por tanto, no se puede agregar o interpretar otro elemento diferente a los que taxativamente se refiere la ley.

En el presente caso no se discute que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, no se puede contemplar un beneficio diferente a los ya mencionados.

#### **ii) Naturaleza y presupuestos de la mesada adicional para pensionados o mesada catorce (14).-**

La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema general de seguridad social, consagró en su capítulo IV sobre disposiciones finales del sistema general de pensiones, artículo 142, el reconocimiento de una mesada adicional para pensionados pagadera en el mes de junio de cada año, conocida como mesada catorce (14).

*«-ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de-sectores públicos, oficial, semioficial. en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Los pensionados por vejez del orden nacional. beneficiar s de 1 s r ajustes*

*ordenada; mesada adicional solo a partir de junio de 19%. PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual»"*

Esta mesada tal como fue prevista en la Ley 100 de 1993, era reconocida a los pensionados antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sin embargo, la norma ha tenido una serie de transformaciones en virtud del análisis de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 1994 a la misma, así como por la adición introducida por la Ley 238 de 1995 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que amplió los sujetos titulares de dicha mesada adicional, y la modificación efectuada por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución que determinó un límite temporal y modal al reconocimiento de esa mesada.

En cuanto a la evolución en virtud de la sentencia de inexecutable parcial del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la adición realizada por la Ley 238 de 1995, da cuenta en forma diáfana el Consejo de Estado<sup>8</sup>, en el apartado que a continuación se cita refiriéndose a la mesada catorce (14):

*«[...] fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4° (le 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988.*

*Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada: "Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará*

---

<sup>8</sup> Consejo De Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1857 del 22 de noviembre de 2007. C.P.-Enrique José Arboleda Perdomo.

con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

*Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996. "Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual." La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993. que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional." (...) La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94' que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1° de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional. Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un parágrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de Ecopetrol y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente: -23 Medio de Control Demandante Demandado Expediente Nulidad y restablecimiento del derecho Olga Lucía Rodríguez Sandoval Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES 150013333015-2017-00047-01 "Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados»*

Puede advertirse en esta primera etapa de evolución del contenido normativo de la mesada catorce (14), que su naturaleza es una prestación propia del régimen general de seguridad social en pensiones, cuyo ámbito se ha extendido en beneficio de regímenes pensionales especiales, como el previsto para los docentes en garantía del principio de igualdad.

Ahora bien, en cuanto a la modificación introducida por el Acto legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en lo relacionado con el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

«La Corte Constitucional sobre la aprobación de modificaciones presentadas durante el trámite que tuvo el A.L. 01 de 2005<sup>9</sup>, expresó: "**En la discusión, se hizo referencia específicamente a la eliminación de la mesada 14. la sostenibilidad financiera del sistema pensional] y la prohibición de que existan pensiones por encima de 25 salarios mínimos.** Finalmente, se dejó una constancia del partido liberal. En la Gaceta 522 del 12 de agosto de 2005 se encuentra el Acta de la sesión Plenaria del Senado del 20 de junio de 2005 en donde se debatió y votó el texto conciliado del Acto Legislativo demandado. En el debate se explicó la adopción de cada uno de los incisos. Así mismo, se hizo referencia a la mesada 14 pensional, a la vigencia del tope de 25 salarios mínimos., a los derechos adquiridos, a los factores para liquidar las pensiones, al procedimiento para la revisión de las pensiones y a la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, se dejó constancia de varios votos negativos<sup>10</sup>.

La Corte Constitucional tuvo ocasión también de analizar la constitucionalidad del inciso 8 de la norma bajo estudio, declarando su exequibilidad frente al trámite que se siguió para su aprobación. En uno de sus apartes destacó: [E] (contenido que no se aprobó inicialmente, relativo al inciso 8° del acto legislativo en mención, tenía el alcance de eliminar totalmente la mesada catorce. Y, como ese era su alcance, eso fue justamente lo que no se aprobó por parte de la Plenaria del Senado. De otro lado, el contenido que se sometió a votación al (lía siguiente, relativo al mismo inciso, tenía por el contrario el alcance de eliminar la mesada catorce salvo a aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año.

Esto quiere decir que hubo una decisión negativa respecto de un texto, pero una positiva respecto de otro texto sobre el mismo tema. Para la Corte no es igual la identidad temática, que la disparidad de regulaciones sobre un mismo tema. Y, lo que prohíben las disposiciones sobre el trámite de formación de las leyes y actos legislativos, es retomar la votación sobre una regulación ya votada y rechazada. Pero, no se prohíbe a los congresistas, en el trámite legislativo, proponer, discutir y votar distintas alternativas de regulación sobre un mismo tema. a juicio de esta la Sala Plena, en la segunda votación se aprobó la eliminación de la mesada catorce salvo en los casos de personas que percibieran 3 o menos salarios mínimos y que su pensión se causara antes de una fecha determinada. Lo que en definitiva es distinto a haber votado la eliminación total de la mesada catorce» (Negrita fuera del texto original).

Lo anterior para dejar en claro que el constituyente derivado fue estricto al reformar

---

<sup>9</sup> «**ARTICULO 1o.** Se adicionan los incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: [...] Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

[...]

Parágrafo transitorio 6o. **Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año».**

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 178 del 14 de marzo de 2007. M.F. Manuel José Cepeda Espinosa.

la Constitución, y en cuanto a que no pueden existir pensiones por encima de 25 salarios mínimos, así mismo que la regla general es que el pensionado reciba 13 mesadas, y excepcionalmente, cumpliéndose dos requisitos: a) el monto de la misma (menor o igual a 3 S.M.L.M.) y b) causarse la pensión antes, del 31 de julio de 2011, se podría tener acceso a una mesada (14).

Siguiendo el anterior apartado, es factible sostener que la mesada (14) contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad tiene una vigencia temporal y modal limitada, lo cual reduce su ámbito de aplicación personal, es decir, los pensionados que tienen derecho a su reconocimiento y pago.

Dicha vigencia se extiende por regla general para aquellas personas cuyo derecho pensional se haya causado hasta el 25 de julio de 2005, y de manera excepcional, hasta el 31 de julio de 2011.

De tal manera, que la mesada adicional de mitad de año o mesada catorce del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en la actualidad se ha desmontado, siendo que la misma sólo es devengada por los pensionados que adquirieron su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y de manera excepcional, por los pensionados que adquirieron su derecho antes del 31 de julio de 2011 y cuya mesada sea igual o inferior a 3 SMLMV.

### **iii) De lo probado en el proceso.-**

a) Oficio de 1° de septiembre de 2016 elevado por la demandante a la Administradora Colombiana de Pensiones, donde solicitó el reconocimiento y pago retroactivo de la mesada adicional correspondiente al mes de junio, conocida como mesada (14) (fs. 2 a 7).

b) Resolución GNR 297509 de 10 de octubre de 2016, por medio de la cual el gerente nacional de reconocimiento de la entidad resolvió negar el reconocimiento de la mesada adicional de junio de una pensión de vejez (fs. 8 a 10).

c) Recurso de apelación contra la Resolución GNR 297509 de 10 de octubre de 2016, interpuesto por la actora (fs. 11 a 19).

d) Resolución VPB 44882 de 16 de diciembre de 2016, proferida por el vicepresidente de beneficios y prestaciones de Colpensiones, donde resolvió confirmar la decisión anterior (fs. 20 a 24).

**iv) Caso concreto.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos que:

Mediante Resolución 27537 de 10 de agosto de 2011 el Instituto de Seguro Social reconoció una pensión de invalidez a la demandante, a partir del 1° de septiembre de 2011, condicionada al retiro del servicio, posteriormente a través de Resolución 42532 de 18 de noviembre de 2011, se ingresó en nómina el pago de la prestación, a partir del 28 de septiembre de 2011.

Que mediante Resolución GNR 180299 de 11 de julio de 2013 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, convirtió la pensión de invalidez en una pensión de vejez a favor de la señora Ruth Garzón Mojica, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, efectiva a partir del 7 de agosto de 2012, en cuantía de \$3.083.044, aplicando una tasa de reemplazo del 75.39%.

La entidad demandada reliquidó la prestación a través de la Resolución GNR 281848 de 11 de agosto de 2014 de conformidad a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, incrementando la mesada pensional a \$3.083.303, efectiva a partir del 7 de agosto de 2012, aplicando una tasa de reemplazo del 75%.

Se evidencia que la estructuración de la pensión de invalidez ocurrió el 19 de febrero de 2008, es decir, con posterioridad al 26 de julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 que eliminó la mesada catorce.

En ese orden, se concluye que: **i)** la pensión de invalidez se causó antes del 31 de julio de

2011, reconocida en cuantía de \$1.883.803<sup>11</sup> m/cte., superior a 3 SMLMV; ii) el 7 de agosto de 2012 la entidad demandada convirtió la pensión de invalidez en pensión de vejez en cuantía de \$3.083.044 m/cte.; iii) se reliquidó la prestación teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición bajo los parámetros establecidos en la Ley 33 de 1985.

Como se observa, la eliminación de la mesada catorce (14) por el Acto Legislativo 1 de 2005 no se hace de manera inmediata y generalizada sino de forma paulatina y parcial hasta su extinción, en la medida que: (i) la conservaron quienes hubieran causado el derecho (cumplidos los requisitos legales) antes de la expedición del acto legislativo; y (ii) se siguió reconociendo después del acto legislativo y hasta el 31 de julio de 2011 a quienes percibían una pensión inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Desde la perspectiva contraria, puede decirse que la mesada catorce (14) se eliminó para las pensiones causadas con posterioridad al acto legislativo superiores a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en cualquier caso para todas las pensiones causadas después del 31 de julio de 2011.

Así las cosas, la señora Ruth Garzón Mojica adquirió el derecho de la pensión de vejez, que es la prestación de la que hoy goza, **el 7 de agosto de 2012**, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2011, la cual fue reconocida con un monto inferior fijado como límite máximo, pues la misma ascendió a \$3.083.044 m/cte.

En ese orden, no le asiste razón a la demandante de solicitar la mesada catorce (14), toda vez que no cumple con los requisitos exigidos por la norma para hacerse acreedora a dicha mesada, pues el monto pensional supera los 3 SMLMV, y además el status de la pensión de la que hoy goza y la cual fue reconocida por la entidad, se dio el **7 de agosto de 2012**, fecha en la que ya no es posible beneficiarse del mencionado factor.

Así las cosas, le asiste razón al juez de primera instancia, al haber negado las pretensiones de la presente demanda, toda vez que, como ya se dijo, la demandante, aunque es beneficiaria del régimen de transición, este solo se aplica para edad, monto y tiempo, además que la

---

<sup>11</sup> Salario mínimo para el año 2011 - \$535.600 m/cte. – 3 SMLMV correspondían a \$1.606.800 m/cte.

mesada que solicita no le es aplicable por no cumplir los requisitos que la norma exige.

**v) De la condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Finalmente, en atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la entidad demandada (f. 134), se procederá a reconocerle personería.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará** el fallo de primera instancia, que **negó** las pretensiones de la demanda.

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

#### **FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia de 19 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, que **negó** las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Ruth Garzón Mojica contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a la parte motiva.

**Segundo.- Reconocer** personería al abogado Carlos Duvan González, identificado con cédula de ciudadanía 1.022.957.169 de Bogotá y tarjeta profesional 259.287 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de conformidad con el poder allegado.

**Tercero.-** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Cuarto. -** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-014-2017-00187-01  
Demandante : **Andrés José Cortés Ruiz**  
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur-  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reconocimiento asignación de retiro personal Nivel Ejecutivo de conformidad con el Decreto 1212 de 1990.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora (fs. 101 y 102), contra la sentencia de 07 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 22 a 46) El señor Andrés José Cortés Ruiz, a través de apoderada, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur-, para que se declare la nulidad del Oficio E-00003-201704499 CASUR ID214653 de 14 de marzo de 2017, emitido por el director general de la autoridad accionada, a través del cual se negó el reconocimiento de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a i) inaplicar los Decretos 1858 de 2012, 1091 de 1995 y 4433 de 2004 por excepción de inconstitucionalidad en razón a que las disposiciones fueron expulsadas del mundo jurídico por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional; ii) se reconozca y pague la asignación de retiro con la inclusión de los tres (3) meses de alta a partir del 19 de octubre de 2016, fecha en la

cual fue notificado de la Resolución 6564 de 10 de octubre de 2016, por la que se le separo en forma absoluta del servicio; iii) que la asignación de retiro se reconozca conforme lo establecido en el artículo 144 del Decreto Ley 1212 de 1990.

**Fundamentos fácticos.** – La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Ingresó a la Policía Nacional por Resolución 000115 de 12 de julio de 1994, como alumno del nivel ejecutivo hasta el 30 de junio de 1995. Luego se graduó como patrullero el 1.º de julio de 1995 y prestó sus servicios hasta el 19 de octubre de 2016.

Por Resolución 6564 de 10 de octubre de 2016, notificada el 19 del mismo mes y anualidad, emitida por la Dirección General de la Policía Nacional fue separado del servicio de manera absoluta, a partir del 3 de julio de 2015.

Prestó sus servicios a la Policía Nacional por veintiún (21) años, ocho (8) meses y veinticinco (25) días, por lo que consideró que tiene derecho al reconocimiento de su asignación de retiro.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – El demandante citó como normas violadas con la expedición del acto demandado los artículos 1.º, 2.º, 6.º, 13, 25, 29, 34, 48, 53, 58, 83, 93 y 220 de la Constitución Política; 3.º (numerales 3.1, inciso segundo y 3.9 ) de la Ley 923 de 2004, 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990.

Coligió que la autoridad accionada fundó la decisión de negar la asignación de retiro en normas que fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado. Los decretos aplicados no se encontraban vigentes al momento del retiro del servicio del actor, esto es el 19 de octubre de 2016.

El Decreto 1858 de 2012, no es ajustable al caso concreto del señor Cortés Ruiz, por cuanto este uniformado ingresó a la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004, interregno durante el cual el reconocimiento de la prestación debe realizarse conforme los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Estas disposiciones, es decir los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y 1157 de 2014, indican que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó antes del 31 de diciembre de 2004,

tiene derecho a que después de 20 años de servicios le sea reconocida la asignación de retiro, dado que la causal de desvinculación es la separación absoluta.

Por último, concluyó que el acto administrativo acusado le privo de su derecho pensional, porque al contar con un término de veinte (20) años de prestación de servicios, debió ser llamado a calificar servicios y no separarlo de manera absoluta de la institución, no obstante esto no es causal para negar la asignación de retiro.

**Contestación de la demanda.** (fs. 64 a 69) Afirmó que el ex uniformado se vinculó de manera directa al régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el cual ostenta reglamentación propia diferente a la del personal de agentes y suboficiales.

Aceptó que el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro ha sido discutido ante el Consejo de Estado, no obstante a la fecha está vigente la aplicación del Decreto 1858 de 2012, por cuanto se levantó la suspensión provisional de su artículo 2.º. Entonces el tiempo de servicio para el reconocimiento de la prestación, en lo que respecta al personal del nivel ejecutivo, depende de la causal de retiro, es decir en el caso que nos ocupa que es separación absoluta, requiere un tiempo de veinticinco (25) años, término que el actor no cumplió por cuanto sólo prestó sus servicios por veintiún (21) años, ocho (8) meses y veinte (20) días.

Resaltó que no era procedente la aplicación de la excepción por inconstitucionalidad del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 2.º del Decreto 1858, en contraposición la aplicación del Decreto 1212 de 1990, porque el señor Andrés José Cortés Ruiz desde que ingresó a la Policía Nacional lo hizo en el nivel ejecutivo y debe regirse por la normatividad especial para estos uniformados.

Concluyó, que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y lo expuesto por el actor no logra desvirtuar la misma, por lo que este, debe permanecer en el mundo jurídico.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juez Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 07 de septiembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda. Resaltó que el accionante ingresó a la Policía Nacional como auxiliar desde el 19 de enero de 1994; como alumno del nivel ejecutivo desde

el 12 de julio de 1994 hasta el 30 de junio de 1995 y desde el 1.º de julio de 1995 hasta el 19 de octubre de 2016 en el nivel ejecutivo. Ahora bien, tuvo una suspensión del servicio por asuntos penales desde el 03 de julio de 2015 hasta el 19 de octubre de 2016.

A través de la Resolución 6564 de 10 de octubre de 2016, emitida por el director general de la Policía Nacional se dispuso separar en forma absoluta del servicio activo al intendente Cortés Ruiz, por haber sido condenado por la justicia ordinaria con pena privativa de la libertad.

Adujo que para el 31 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia la Ley marco 923 de esa anualidad, el accionante ya estaba vinculado al nivel ejecutivo y en el tiempo en que fue separado del servicio activo, esto es el 19 de octubre de 2016, se encontraba en vigor el Decreto 1858 de 2012, disposición que reguló el régimen de asignación de retiro para el personal del referido nivel incorporado directamente y requirió para el reconocimiento de la prestación veinticinco (25) años de servicio, si la causal era la de separación absoluta.

Sostuvo que no es procedente inaplicar por inconstitucional el Decreto 1858 de 2012, porque al 31 de diciembre de 2004, al personal incorporado directamente al nivel ejecutivo le era aplicable el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que exigía un tiempo de servicios de veinte (20) y veinticinco (25) años para la prestación pensional de conformidad con la causal de retiro.

Ahora bien, para 31 de diciembre de 2004 el Decreto 2070 de 2003 ya había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, es decir el Decreto 1091 de 1995, aún no era retirado del mundo jurídico, lo que se produjo hasta el año 2007.

Lo anterior implicaba que si bien, el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue declarado nulo en el año 2007, el legislador ya había integrado tácitamente la Ley marco 923 de 2004, el tiempo de servicios de veinte (20) y veinticinco (25) años exigidos para el personal del nivel ejecutivo vinculado de manera directa, es decir el no homologado y esa voluntad primigenia fue desarrollada por el artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012.

En su criterio el Decreto 1858 de 2012, no reprodujo íntegramente normas expulsadas del ordenamiento, esto es Decreto 1095 de 1995 y artículo 25 parágrafo 2.º del Decreto 4433 de 2004, pues estas fueron consideradas ilegales porque el legislador derivado no diferenció entre el personal homologado y el que se vinculó directamente al nivel ejecutivo, toda vez que al primero se le exigían quince (15) y veinte (20) años de servicio conforme a los Decretos 1212 y 1213 de 1990, mientras que al segundo, esto es al vinculado directo desde su creación se le exigió veinte (20) y veinticinco

(25) años en actividad, tal como lo preciso el Decreto 1091 de 1995 y ahora 1858 de 2012, por lo anterior negó las súplicas de la demanda.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión tomada por el juez de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 101 y 102), en el cual expresó que el Consejo de Estado el 03 de septiembre de 2018, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés declaró la nulidad del artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012.

Dijo que la disposición desbordó la ley marco al establecer un tiempo superior como requisito para acceder a la asignación de retiro, aunado a lo anterior resaltó que no era relevante la forma de retiro para acceder a la prestación siempre que a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, el uniformado se encontrara en servicio activo, presupuesto que aduce cumplió el actor y se desconoció por el juez de instancia.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia de 12 de octubre de 2018 (f. 124) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 6 de mayo de 2019 (f. 130), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 14 de junio de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en la que las partes intervinieron presentando sus consideraciones finales.

**Parte actora.** – (fs. 145 y 145 vto) Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación en el sentido de indicar que el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012 y concluyó que los uniformados de la Policía Nacional que estén en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, tienen derecho a que su asignación de retiro sea reconocida de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, esto es, con

un mínimo de veinte (20) años de servicio.

**Entidad demanda.-** (fs. 143 a 144). Sostuvo que al declararse la nulidad del artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012, retomó vigencia en lo que corresponde a los tiempos a tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para los miembros del nivel ejecutivo incorporados directamente el Decreto 1212 de 1990. Esta disposición en su artículo 144 requiere que por causal de separación absoluta se acredite un total de 20 años de servicio, requisito que cumplió el actor por cuanto prestó sus servicios por veintiún (21) años, ocho (8) meses y veinte (20) días, por esta razón solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Consiste en determinar si le asiste razón al señor Andrés José Cortés Ruiz para reclamar el reconocimiento de la asignación de retiro conforme el Decreto 1212 de 1990 y la consecuente nulidad del Oficio E- 00003-201704499 de 14 de marzo de 2017, a través del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, negó la prestación deprecada.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se accederá a las mismas, toda vez que la norma vigente para el reconocimiento de la asignación de retiro para el personal vinculado al nivel ejecutivo es el contenido en el Decreto 1212 de 1990, de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

Para desatar el problema jurídico se entrarán a estudiar los siguientes temas, así: **i)** marco normativo **ii)** recuento del material probatorio; que obra en el plenario **iii)** caso concreto y **iv)** costas del proceso.

**i) Marco normativo.** - La Sala procede a determinar la solución que en derecho corresponde

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

en punto de resolver el problema jurídico planteado, y para ello se realizará el análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **El régimen especial de retiro de la Fuerza Pública, evolución de la normativa aplicable.**

La Constitución Política de 1991 consagró el principio o sistema denominado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional como concurrencia de competencias, en virtud del mismo le corresponde al Congreso mediante una ley general o marco establecer los objetivos y criterios que posteriormente el Gobierno Nacional desarrolle en detalle a través de decretos reglamentarios.

El artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, otorgó al Congreso de la República la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la **fuerza pública**, además de regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En desarrollo de la referida atribución, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, cuyo artículo 1.º autorizó al Gobierno Nacional, para que con sujeción a las normas, criterios y objetivos, allí determinados, fijara el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública. Ahora bien, en su artículo 2.º<sup>2</sup>, estableció los parámetros a tener en cuenta, entre otros, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, resaltando que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 2o.** Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
- b. El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;
- c. La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;
- d. La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;
- e. La utilización eficiente del recurso humano;
- f. La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;
- g. La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;
- h. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;
- i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;
- j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;
- k. El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;
- l. La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;
- m. El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa.»

En uso de sus facultades extraordinarias el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1212 de 1990, que reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en el artículo 144 estableció que los mencionados uniformados que sean retirados del servicio activo después de quince (15) o veinte (20) años de servicio, según la causal, tendrán derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional les pague una asignación mensual de retiro; al respecto precisó:

**«Artículo 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.

**Parágrafo 1o.** La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

**Parágrafo 2o.** Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación».

Esta prestación, para el caso de los agentes de la Policía Nacional, fue regulada por el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, que reformó el estatuto de este personal, de la siguiente manera:

**«Artículo 104. Asignación de retiro.** Durante la vigencia del presente estatuto, los agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la dirección general, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

**PAR. 1º**—La asignación de retiro de los agentes que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo decreto.

*PAR. 2º—Los agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación».*

La Ley 62 de 1993, determinó la estructura de la Policía Nacional, conformada por oficiales, suboficiales, agentes alumnos, personas que prestaran servicio militar obligatorio y servidores públicos no uniformados. Aunado a lo anterior, otorgó al ministro de Defensa Nacional en un término de 6 meses, para emitir una nueva estructura de la institución.

Por lo anterior, se expidió el Decreto Ley 41 de 1994, el cual modificó las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la institución castrense, de igual forma creó el nivel ejecutivo que estaría conformado por los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, conforme a la especialidad. No obstante, la Corte Constitucional a través de sentencia C-417 de 1994, declaró inexecutable las expresiones «*nivel ejecutivo*», «*personal del nivel ejecutivo*», y «*miembro del nivel ejecutivo*», y demás normas que hacían relación a este nivel, por cuanto en su criterio las disposiciones excedieron el límite material fijado por el legislador, toda vez, que esa nueva categoría, no estaba autorizada legalmente.

Luego nace a la vida jurídica el Decreto 1029 de 1994, que emitió el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, ahora en su artículo 53 contempló como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicios de veinte (20) años, cuando la desvinculación a la entidad se produjera por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general, disminución de la capacidad psicofísica, destitución o haber sido condenado con pena principal de arresto, y de veinticinco (25) años cuando fuera por voluntad propia, incapacidad profesional, inasistencia injustificada al servicio por más de diez (10) días, haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres, por último por conducta deficiente o destitución. Es preciso resaltar que la norma no distinguió entre el personal incorporado directamente y el homologado al nuevo régimen.

Pero la Corte Constitucional en sentencia C-613 de 1996, indicó que el sustento de la norma referida, el cual era el Decreto 41 de 1994, adolecía de vicio de inconstitucionalidad, y el nivel ejecutivo no existía, por lo que estimó como imposible su aplicación.

Ahora ante la necesidad de profesionalizar la función y mejorar la remuneración de los agentes y suboficiales, se creó el Nivel Ejecutivo la Policía Nacional mediante la Ley 180 de 1995, la cual modificó el artículo 6.º de la Ley 62 de 1993, en el sentido de indicar que la Policía Nacional estaría

conformada por oficiales, **personal del nivel ejecutivo**, suboficiales, agentes, alumnos, quienes presten el servicio militar obligatorio y servidores públicos no uniformados, esta disposición permitió el ingreso u homologación, a este nuevo nivel.

El desarrollo reglamentario se realizó por el Decreto 132 de 1995, que reguló el sistema de carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en lo que corresponde a jerarquía, ingreso, régimen salarial y prestacional, de igual manera precisó que los uniformados que se vincularan al nivel, se someterían a este en su integridad sin que pudieran ser desmejorados.

El Decreto 1091 de 1995, expidió el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo en desarrollo de la Ley 4ª de 1992. Norma que frente a la asignación de retiro dispuso en su artículo 51, lo siguiente:

*«Artículo 51. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá 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 le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*

*a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:*

- 1. Llamamiento a calificar servicio.*
- 2. Voluntad de la dirección general de la Policía Nacional.*
- 3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.*
- 4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.*

*b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:*

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por incapacidad profesional.*
- 3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.*
- 4. Por conducta deficiente.*
- 5. Por destitución.*
- 6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.*
- 7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.*

*PAR. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:*

- 1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y*
- 2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres».*

Sin embargo, la anterior disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante la sentencia con número interno 1240-2004, de 14 de febrero del 2007, con ponencia del magistrado Alberto Arango Mantilla, en razón a que al regularse prestaciones sociales, esto es la asignación de

retiro, se deberá tener en cuenta la ley marco. Además que esta atribución no puede ser trasladada ni siquiera a legislador extraordinario, el Gobierno Nacional, dada la cláusula de reserva legal del asunto.

Posteriormente el Decreto ley 2070 de 2003, que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares, incluidos los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, emitido por las facultades extraordinarias atribuidas por la Ley 797 de 2003, señaló en su artículo 25:

*«Artículo 25: Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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, así:*

...

**Parágrafo 1º.** *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica; y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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 a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas».*

La Corte Constitucional, después de ejercer el control de esta norma la declaró inexecutable, mediante Sentencia C- 432 de 2004 con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil, porque al igual que la disposición predecesora padecía de los mismos vicios, esto es el régimen salarial y prestacional de la fuerza pública, es objeto de reserva de ley marco, por lo que cualquier otra tipología usada aunque fuera decreto con fuerza de ley sería ilegal.

Así las cosas, se expidió la Ley 923 de 2004, por la que se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en sus artículos 1 y 2, se indicó:

**«ARTÍCULO 1o. ALCANCE.** *El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus*

*sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.*

*ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*

*2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.*

*2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.*

*2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.*

*2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.*

*2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.*

*2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.*

*2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.*

*El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.*

*2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal».*

El artículo 3.º de la ley bajo estudio, refirió que el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

*«3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*

*A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.*

*Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.*

*En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.*

*3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*

*3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

*3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).*

...

*3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.*

*En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.*

*3.10. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.*

*En las normas que desarrollen la presente ley se señalará la entidad responsable del reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez y su sustitución, así como de las pensiones de sobrevivencia.*

*3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo».*

Así las cosas, se tiene que el legislador, determinó un mínimo de elementos que debían ser observados por el legislador extraordinario al momento fijar el régimen de asignación de retiro, mediante los decretos reglamentarios de la materia.

Se podría decir que la disposición transcrita en el numeral 3.1. determinó una regla general de tiempo de servicios mínimos, de 18 años y máxima de 25 años, ahora, en el inciso 1.º del mismo numeral, en concordancia con el numeral 2.8 del artículo 2, se determina una excepción a lo anterior, por cuanto dice que a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, no se les puede exigir un tiempo de servicios diferente al consagrado en las disposiciones vigentes al momento de su expedición cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

El numeral 3.9. consagra el régimen de transición que debe aplicarse a quienes se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, el que debe mantener a su favor, como mínimo, los tiempos de servicio exigidos en la misma ley.

En atención a las directrices trazadas por la mencionada Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 31 de diciembre del mismo año, «... por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública», para lo cual, en lo que respecta al caso concreto, precisó:

*«ARTÍCULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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, así:*

*25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.*

*25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).*

*25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*

*PARÁGRAFO 1º. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.*

*PARÁGRAFO 2º. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20)*

*años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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 a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas»*

Sin embargo, el Consejo de Estado, Sección Segunda a través de providencia de 12 de abril de 2012, anuló el párrafo segundo (2.º) del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto consideró que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incrementar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulneró la cláusula de reserva legal.

Igualmente, por decisión de 28 de febrero de 2013, del máximo tribunal contencioso administrativo declaró la nulidad del artículo 11, párrafo 2º, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, párrafo 2, y 30 del Decreto 4433 de 2004, por desbordar las facultades otorgadas en la Ley 923 de 2004.

El 23 de octubre de 2014, esa misma corporación declaró la nulidad de los artículos 14; párrafo del 15; 24; párrafo 1.º del 25 y 30 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que impuso requisitos más gravosos a los beneficiarios de la asignación mensual de retiro y omitió los límites que trazó el legislador en la Ley 923 de 2004.

En desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004, se promulgó el Decreto 1858 de 2012, normatividad que en su artículo 2.º estableció:

*«**Artículo 2º.** Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas».*

Al respecto, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 3 de septiembre de 2018, con ponencia del doctor César Palomino Cortés, radicado: 11001-03-25-000-2013-00543-00 No. Interno: 1060-2013, declaró con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012. En la providencia el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«[...] la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.*

(...)

*En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.*

*Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 **para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental**». (Negrillas de la Sala)*

Así las cosas, se tiene que a los miembros de la Policía Nacional pertenecientes al nivel ejecutivo homologados o incorporados de manera directa, que se encontraban activos al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir más del tiempo de servicio requerido en las normas vigentes para ese momento, esto es, los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

El tiempo requerido en esas disposiciones es proporcional a la causal de retiro, es decir llamamiento a calificar servicios, mala conducta, no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, voluntad del gobierno o de la dirección general de la policía nacional, sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad psicofísica, por incapacidad profesional o por conducta deficiente quince (15) años de servicio, y los que se retiren o sean separados veinte (20) años de servicio.

En síntesis, el ejecutivo debió respetar el tiempo de servicios exigido para acceder a la asignación de retiro, consagrado en las normas anteriores, pues no podía cambiar las condiciones para quienes se encontraban en servicio activo de las Fuerza Pública, por lo tanto la norma anterior aplicable para el caso analizado no es otra que el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

## ii) Recuento del material probatorio que obra en el plenario

- Hoja de servicios N° 85210522785 de 24 de febrero de 2016, en la que consta que el señor IJ. Andrés José Cortés Ruiz, ingresó como auxiliar de Policía el 29 de enero de 1994 hasta el 12 de julio de 1994, luego como alumno del nivel ejecutivo del 12 de julio de 1994 al 30 de junio de 1995 y posteriormente al nivel ejecutivo del 1.º de julio de 1995 al 19 de octubre de 2016 para un total de veintiún (21) años, ocho (8) meses y veinte (20) días de servicio. No obstante, hay que resaltar que tuvo una suspensión penal del 3 de julio de 2015 hasta el 19 de octubre de 2016 (f. 4).

- Resolución N° 06564 de 10 de octubre de 2016, por medio de la cual la dirección general de la Policía Nacional, separó de manera absoluta del servicio activo al señor IJ Cortés Ruiz, por cuanto el Juzgado Primero (1.º) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Antioquía decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por delitos de concierto para delinquir, concusión, violación ilícita de comunicaciones, fraude procesal, revelación de secreto, acceso abusivo a un sistema informativo y circunstancias de agravación (folios 2 y 3).

- Petición 013845 de 2 de septiembre de 2014, a través de la cual el accionante solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 1212 de 1990 (folios 9 a 12).

- Oficio S-2014064749/APROP-GRURE-29 de 7 de octubre de 2014, emitido por el jefe de grupo de reubicación laboral retiros y reintegrados de la Policía Nacional, mediante la cual se negó el reconocimiento de la prestación por cuanto no cumplía con los requerimientos del Decreto 1858 de 2012 (f. 13 a 15).

- Petición R-01500-201707961- CASUR de 8 de marzo de 2017, suscrita por el actor a través de la cual solicitó la inaplicación de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 1858 de 2012 y el reconocimiento de asignación de retiro (folios 5 a 7).

- Oficio E-00003-201704499 de 14 de marzo de 2017, emitido por director general de la Caja de

Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual se informó al actor que no cumplía los requerimientos exigidos para el reconocimiento de la asignación de retiro, referentes a cumplir veinticinco (25) años de servicio, cuando la desvinculación a la institución sea por separación absoluta, de conformidad con los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 de 2012 (f. 8).

- Certificación proferida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC que da cuenta que el actor se encuentra recluso en ese establecimiento carcelario desde el 1.º de julio de 2016 (f. 16).
- Notificación de cobro emitido por la coordinadora del grupo de créditos y cartera del Fondo Rotatorio de la Policía, en el cual se le informó que los descuentos para el pago del crédito por nómina no han sido efectuados, por lo cual le solicitó que se efectuara el pago y le impuso como fecha límite el 31 de mayo de 2019 (f. 134).
- Auto de 07 de mayo de 2019, por medio del cual el Juzgado Cuarto (4) de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, resolvió redimir treinta y nueve (39) días de pena al accionante fruto de 632 horas de trabajo intercarcelario (fs. 137 y 138).

**iii) Caso concreto.-** El accionante Andrés José Cortés Ruiz pretende que se declare la nulidad del oficio a través del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó el reconocimiento de la asignación de retiro, argumentando que no cumplía los requerimientos de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 de 2012, esto es, haber laborado por veinticinco (25) años al servicio de la Policía Nacional, dado que fue retirado por separación absoluta.

El señor IJ. Andrés José Cortés Ruiz, ingresó como auxiliar de Policía el 29 de enero de 1994 hasta el 12 de julio de 1994, luego como alumno del nivel ejecutivo del 12 de julio de 1994 al 30 de junio de 1995 y después al nivel ejecutivo del 1.º de julio de 1995 al 19 de octubre de 2016. No obstante, hay que resaltar que tuvo una suspensión penal del 3 de julio de 2015 hasta el 19 de octubre de 2016.

A través de la Resolución 6564 de 10 de octubre de 2016, emitida por el director general de la Policía Nacional, el actor fue separado de manera absoluta, teniendo en cuenta que el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Antioquia, decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de concierto para

delinquir, concusión, violación ilícita de comunicaciones, fraude procesal revelación de secreto, acceso abusivo a un sistema informativo.

Así las cosas, se tiene que el uniformado laboró para la Policía Nacional un total de veintiún (21) años, ocho (8) meses y veinte (20) días y que para el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923, se encontraba incorporado de manera directa en el nivel ejecutivo, esto es, desde el año 1994.

Sin embargo, a través de Oficio E-00003-201704499 de 14 de marzo de 2017, emitido por el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se informó al actor que no cumplía los requerimientos para concederle la asignación, concerniente a cumplir veinticinco (25) años de servicio, cuando el retiro sea por separación absoluta de conformidad con los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 de 2012.

La Sala estima que a la entrada en vigencia de la Ley 923, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, esto por cuanto las disposiciones que de forma específica regulaban dicha prestación, (esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial como se anotó anteriormente.

De conformidad con el reciente pronunciamiento efectuado por el Consejo de Estado en providencia del 3.º de septiembre de 2018, en el que se estudió la legalidad del artículo 2.º del Decreto 1858 de 2012, a los integrantes del nivel ejecutivo, que se encontraran activos al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que eran las normas vigentes para esa época, para el reconocimiento de la asignación deprecada. Esto por cuanto al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre veinte (20) y veinticinco (25) años, se desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública.

En ese orden de ideas y atendiendo que el demandado se encontraba vinculado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional para el 31 de diciembre de 2004, y que para esa fecha las normas vigentes en materia de reconocimiento de asignación de retiro eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990 (en atención a que la demás normatividad que reguló el asunto fue posteriormente declarado nulo), el

tiempo requerido para acceder al reconocimiento de asignación de retiro, por la causal de separación absoluta, es de veinte (20) años, supuesto que fue cumplido por el actor.

La Sala arriba a la conclusión que conforme a la Ley 923 de 2004, en concordancia con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, el actor es beneficiario de la asignación de retiro en los términos y cuantía determinados en esta norma, no sólo por la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, sino porque su derecho se encuentra garantizado por la Ley 923 de 2004, por consiguiente no podía en ningún caso, exigírsele un tiempo de servicios superior a los veinte (20) años.

Por lo anterior, el acto administrativo demandado incurrió en la causal de nulidad por violar las normas en que debió fundarse, al no aplicar de manera adecuada la Ley 923 de 2004, interpretar indebidamente el Decreto 4433 de 2004 y no aplicar el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990. Así las cosas, no le asiste razón al juez de instancia que negó las súplicas de la demanda, de manera que la decisión deberá ser revocada y en su lugar declararse la nulidad del oficio acusado.

A tono con lo expuesto, y a manera de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad accionada, reconocer y pagar al señor Cortés Ruiz una asignación de retiro, liquidada con fundamento en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, es decir, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de la misma norma, para el caso concreto, acorde con la hoja de servicios (f. 4), el sueldo básico, prima de retorno a la experiencia (prima de antigüedad), prima del nivel ejecutivo (prima de actividad), subsidio familiar, y la duodécima parte de la prima de navidad, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, a partir del 03 de julio de 2015.

Resulta oportuno indicar que la nulidad del parágrafo 2.º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, implicó que el derecho al reconocimiento de la asignación surgiera solamente en el momento en que se declara la nulidad del mismo y quedara debidamente ejecutoriada la sentencia que así lo indica, esto es el 15 de mayo de 2012<sup>3</sup>, razón por la cual las mesadas causadas no han prescrito. Lo anterior por cuanto la solicitud de asignación fue hecha el 02 de septiembre de 2014 (f. 9) y la demanda fue presentada el 22 de junio de 2017 (f. 13) luego entonces, no opera la prescripción cuatrienal, en la

---

<sup>3</sup> El 15 de mayo de 2012, se notificó por edicto la sentencia de 12 de abril de 2012, radicado 110010325000200600016 00 con ponencia del magistrado Alfonso Vargas Rincón, a través de la cual se declaró la nulidad del parágrafo 2.º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004.

medida que el demandante presentó la reclamación dentro del término del artículo 155 del Decreto 1212 de 1990.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda y en su lugar se reconocerá la prestación deprecada.

**iv) De la condena en costas.-** Por otro lado, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP)<sup>4</sup>, «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «B», administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero.- Revocar** la sentencia de siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor Andrés José Cortés Ruiz contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar:

*«Primero.- Declarar la nulidad del Oficio E-00003-201704499- Casur de 14 marzo de 2017, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), mediante el cual se negó el reconocimiento de la asignación de retiro del señor Andrés José Cortés Ruiz.*

**Segundo:** *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur) reconocer y pagar asignación de retiro al señor Andrés José Cortés Ruiz, identificado con cédula de ciudadanía N° 74.371.243, liquidada con fundamento en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, es decir, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de la misma norma, para el caso concreto, acorde con la hoja de servicios (f. 4), el sueldo básico, prima de retorno a la experiencia (prima de antigüedad), prima del nivel ejecutivo (prima de actividad), subsidio familiar, y la duodécima parte de la prima de navidad,*

---

<sup>4</sup> Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1° de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, con los respectivos haberes y prestaciones dejados de devengar. Con efectos fiscales a partir del 3 de julio de 2015, por cuanto no operó el fenómeno de prescripción

**Tercero:** La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

**Cuarto:** La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Casur), deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del de la Ley 1437 de 2011».

**Segundo:** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.

Luis Gilberto Ortega Ortega  
Magistrado

José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado

Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25269-33-33-002-2018-00009-01  
Demandante : **Rosa Leyda Castro Martínez**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Descuentos por salud en la mesada adicional de diciembre (pensión de jubilación docente)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito de Facatativá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

**Medio de control.** - (fs. 1 a 8). La señora Rosa Leyda Castro Martínez, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la existencia del silencio administrativo negativo con ocasión de la omisión en la contestación de la solicitud presentada el 05 de julio de 2017, en el que perseguía la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de la mesada adicional de diciembre, para que consecuentemente se declare la nulidad de ese acto ficto.

A título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó se ordene a la accionada (i) reintegrar todos los descuentos del 12% realizados sobre la mesada adicional de diciembre con destino a salud, desde la adquisición de su status jurídico de pensionada, esto es, desde el 10 de febrero de 2011 hasta la fecha; (ii) suspender dichos descuentos, (iii) indexar los valores de las diferencias adeudadas desde la adquisición del status pensional

con aplicación de la variación del IPC; (iv) dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; (v) reconocer intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y (vi) cancelar las costas y gastos del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró como docente en la Secretaría de Educación de Facatativá y el día 10 de febrero de 2011 adquirió su status pensional. Por tanto, la entidad accionada por medio de la Resolución 203 del 18 de abril de 2011 le reconoció una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 2.650.188 m/cte., con efectividad a partir del 10 de febrero de 2011.

La Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación de Facatativá, asumió el descuento y pago de las deducciones de salud, correspondientes al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde su inclusión en nómina de pensionados le han efectuado un descuento del 12% para salud sobre la mesada de diciembre, la cual es denominada mesada adicional.

Recibe trece (13) mesadas al año y sobre las mismas le aplican los descuentos con destino a salud del 12% cuando debe ser por solo doce (12) meses de servicio requeridos al año. Lo que significa que la accionada realiza descuentos en los pagos de diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un 24%, lo que sobrepasa lo dispuesto en la ley.

El 05 de julio de 2017 solicitó ante la Secretaría de Educación de Facatativá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reintegrar y suspender los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre. Petición que a la fecha no ha sido atendida.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La demandante citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 (inciso final), 49, 53

(inciso 3) y 58 de la Constitución Política de Colombia; 10 del Código Civil; Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966; Ley 91 de 1989; Ley 812 de 2003; Ley 1250 de 2008; Decreto reglamentario 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; y Decreto 1073 de 2003.

Para el efecto, señaló que resulta estrictamente aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 1.º del Decreto 1073 de 2003, en el que se establece que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan dichos preceptos normativos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Asimismo, sostuvo que el Consejo de Estado en providencia del 03 de febrero de 2005, con ponencia de la magistrada Ana Margarita Olaya Forero, actor Abel Trujillo Sánchez, declaró nulo parcialmente el párrafo del artículo 1.º del Decreto 1073 de 2003, únicamente en lo que se refiere al artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y negó la nulidad en relación con el artículo 50 *ibidem*, dejando así sin efectos los descuentos por concepto de salud sobre la mesada adicional del mes de diciembre.

Igualmente, para sustentar su petición hizo alusión a varias sentencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las cuales se ha accedido en casos similares a su situación.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 34 a 43). La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el entendido de que el acto acusado fue proferido por la Secretaría de Educación de Facatativá y el mismo no adolece de vicio alguno del que pueda derivarse su anulabilidad, comoquiera que fue expedido en debida forma y con plena observancia de las normas jurídicas en las que se deben fundar las decisiones adoptadas en cumplimiento del deber constitucional y legal.

Expuso que los descuentos aplicados sobre los cuales la demandante solicita el reintegro se han efectuado de conformidad con la ley en vigor y, en consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad del acto demandado ni al eventual reintegro de dichos dineros.

Adicionalmente, formuló las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa

por pasiva, inepta demanda por falta de requisitos formales, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, mediante sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 (fs. 46 a 48), negó las súplicas de la demanda al considerar que los docentes vinculados antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, por tanto al tener una norma especial por su carácter de docente, que contempla los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, el acto administrativo demandado se presume legal.

Aunado a lo anterior, la autoridad judicial en mención señaló que la Ley 100 de 1993 contempló solo para sus destinatarios el beneficio de no aportar para salud sobre las mesadas adicionales y en razón a que los docentes fueron exceptuados de la aplicación de dicha norma, por disposición expresa del artículo 279 *ibidem*, aquellos se encuentran obligados a efectuar esos aportes.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 49 a 55), en el que discutió que el juez de primera instancia incurrió en un error al negar la suspensión y devolución de los descuentos de salud efectuados sobre las mesadas adicionales, correspondiente al 24% sobrepasando lo dispuesto en la ley y, en consecuencia, se aplican trece descuentos con destino a salud, cuando son doce meses de amparo médico asistencial al año.

Asimismo, indicó que dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada, dado que así lo prevé la Ley 91 de 1989, quienes deben contribuir con la cotización establecida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. En esos términos, el aporte corresponde al 12% de su mesada conforme a la Ley 100 de 1993, mientras que de acuerdo con las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo vigentes anteriormente,

a saber la Ley 91 de 1989, los aportes resultan mucho menores, pues el artículo 8.º *ibidem* deben cancelar el 5% de su mesada pensional como contribución. Por lo anterior, solicitó revocar la providencia recurrida, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en providencia del 09 de mayo de 2019 (f. 59) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 29 de julio de 2019 (f. 63), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 19 de septiembre de 2019 (f. 65), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por ninguna de las partes.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Rosa Leyda Castro Martínez le asiste derecho, o no, para reclamar de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y devolución de los descuentos de salud efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en el sentido de acceder al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

diciembre de la demandante, en el entendido de que con la expedición de la Ley 812 de 2003 fue derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por tanto a partir de la expedición de dicha norma no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco Jurídico.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes. No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que dispone:

*«ARTÍCULO 279. Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de [...]. Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...].» (Resalta y subraya la Sala).*

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 3° la suscripción de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo texto dispone:

*«Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos*

*que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional».*

Para tal efecto, dicho contrato se celebró con la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta<sup>2</sup> de carácter indirecto y del orden nacional. Sobre la naturaleza de la mencionada entidad fiduciaria la honorable Corte Constitucional, mediante C-783 de 13 de octubre de 1993, enseña:

«[...]

*En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 1984<sup>3</sup> y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>4</sup>, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.*

[...]

*Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

[...]

*Como objeto de la sociedad figura ‘...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores.’ (Estatutos Sociales, art. 5o.).*

---

<sup>2</sup> Art. 464 del Código del Comercio. - Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%.) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.

<sup>3</sup> “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento”, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13, numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

<sup>4</sup> «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

*El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al 'a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.'*

*Ese mismo artículo 60. de los Estatutos Sociales, le permite '[...] realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social [...]'. (Subraya la Sala).*

*Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, **le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.**  
[...]*».

Por otro lado, en cuanto a quién debe comparecer en juicio en los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 23 de mayo de 2002, radicado 1423, consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, precisó:

«[...]

*La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80 de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num. 5º inc. 7<sup>5</sup>), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales (artículo 41, parágrafo 2º inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.*

*Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.*

*Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden*

---

<sup>5</sup> «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley».

*citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual “manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado». Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.*

*Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.*

*En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.*

*El artículo 1234 del código citado estatuye que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: [...] 4 Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

*De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón<sup>6</sup>, que “los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente - oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos “derechos reconocidos por la ley sustancial.*

[...]

### **1.3 El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.**

*La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una*

---

<sup>6</sup> Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42.

entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

*El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

*El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.*

*La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega. “El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales”.*

*De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.*

*En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

*Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.*

[...]».

De conformidad con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá actuar en los procesos en los que se solicite el reconocimiento de derechos pensionales, mientras que la Fiduciaria La Previsora SA ejercerá la representación de dicha entidad en los asuntos relacionados con el pago de beneficios ya adquiridos.

Precisado lo anterior, los artículos 50<sup>7</sup> y 142<sup>8</sup> de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, discurrió así:

*«En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.*

*El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.*

*Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.*

*Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales».*

---

<sup>7</sup> «MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión».

<sup>8</sup> «MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~euyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988,~~ tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. ~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~ PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual" (las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994).

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>9</sup>, 732 de 1976<sup>10</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negrillas fuera de texto).*

---

<sup>9</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2°:

«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento e éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».

**PARÁGRAFO.** Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».

<sup>10</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
- 2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria [...].».

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>11</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización [...]»<sup>12</sup>.*

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

[...]

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas*

---

<sup>11</sup> La Ley 1122 de 2007, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

<sup>12</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

**Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales» (negritas fuera de texto).**

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>13</sup>, preceptúa:

**«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.**

[...]

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre*

---

<sup>13</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>14</sup>.*

En consecuencia, la Sala observa que si bien es cierto el numeral 5 del artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Rosa Leyda Castro Martínez, en la que consta que nació el 14 de abril de 1959 (f. 12).
- b) Resolución 203 del 18 de abril de 2011, mediante la cual la Secretaría de Educación de Facatativá reconoció a favor de la docente Rosa Leyda Castro Martínez una pensión de invalidez, en cuantía de \$ 2.650.188 m/cte., a partir del 10 de febrero de 2011 (fs. 13 y 14).

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

- c) Derecho de petición presentado por la aquí demandante ante la Secretaría de Educación de Facatativá, con el fin de obtener el reintegro de los dineros descontados en las mesadas adicionales de la pensión a ella reconocida y la suspensión de dicho descuento hacia el futuro (f. 15).
- d) Comprobante de pago de la mesada pensional expedido por el banco BBVA, en el que se observa que se realizó un descuento para aportes de ley sobre la mesada adicional de la pensión de la señora Rosa Leyda Castro Martínez (f. 16).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de que se declare la existencia del silencio administrativo negativo y su consecuente nulidad, con ocasión de la petición presentada el 05 de julio de 2017, con la que pretendía el reintegro y suspensión de los descuentos de salud del 12% sobre la mesada adicional de diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Rosa Leyda Castro Martínez pretende se ordene a la accionada reintegrar el valor correspondiente al 12% de los descuentos para salud que se han efectuado sobre la mesada adicional de diciembre con los respectivos ajustes de ley, además de que se suspendan esos descuentos.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Facatativá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 203 del 18 de abril de 2011 reconoció a favor del docente Rosa Leyda Castro Martínez una pensión de invalidez, en cuantía de \$ 2.650.188 m/cte., a partir del 10 de febrero de 2011.

Asimismo, se encontró probado que en la mesada adicional que percibe la demandante se efectúan descuentos por salud, por lo que resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a esos descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, del 27 de junio del mismo año.

Lo anterior, toda vez que tal como se expuso en el acápite normativo de la presente providencia con la expedición de la Ley 812 de 2003 se entiende derogado tácitamente el

numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que contemplaba el descuento para salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, por ello a partir de la expedición de la mencionada Ley 812 de 2003 no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión desde el 10 de febrero de 2011 y que aquella presentó la solicitud de suspensión y reintegro de la mesada adicional de diciembre, en cuanto a los aportes dobles de salud se refiere, el día 05 de julio de 2017; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 05 de julio de 2014, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Conforme a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>15</sup>, en la que precisó:

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia del catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Rosa Leyda Castro Martínez en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para en su lugar, declarar la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de suspensión y reintegro de la mesadas adicional de diciembre en cuanto a los aportes dobles de salud.

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

## **FALLA:**

**Primero: Revocar** la sentencia del catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Rosa Leyda Castro Martínez en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su lugar,

**Segundo:** Declarar la nulidad del acto ficto que negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Tercero:** Como restablecimiento del derecho ordenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reintegrar a la señora Rosa Leyda Castro Martínez, los dineros que por concepto de aportes obligatorios de salud haya descontado de la mesada adicional de diciembre desde el 05 de julio de 2014, dado que operó la prescripción trienal de las demás mesadas, conforme se expuso en la parte motiva.

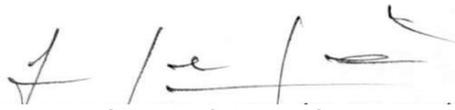
**Cuarto:** Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender de manera inmediata los descuentos de salud que efectuó a la señora Rosa Leyda Castro Martínez, de sus mesadas adicionales de diciembre.

**Quinto:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Sexto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

Amch.

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-021-2018-00014-01  
Demandante : **Alex Darío Núñez Pérez**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante (fs. 135 a 142) y demandada (fs. 143 a 146) contra la sentencia del 01 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 108 a 129).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 15 a 41) El señor Alex Darío Núñez Pérez, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio identificado con el consecutivo 2017-27089 del 22 de mayo de 2017, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro teniendo en cuenta (a) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60%; (b) lo

dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica adicionarle el 38,5% de la prima de antigüedad; y (c) la prima de navidad estipulada en los artículos 5.º del Decreto 1794 de 2000 y 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable para la asignación de retiro; (ii) ajustar la asignación de retiro año por año, a partir del momento en que le fue reconocida; (iii) indexar las sumas adeudadas, de conformidad con los artículos 187 del CPACA y 280 del CGP; (iv) pagar intereses moratorios sobre los valores que resulten a su favor; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó servicio militar en el Ejército Nacional y posteriormente se vinculó como infante de marina voluntario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985.

Por disposición del Ejército Nacional a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido como infante de marina, condición que mantuvo hasta su retiro de la institución.

Previo al cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil mediante la Resolución 2320 del 29 de marzo de 2017 le reconoció una asignación de retiro.

El 03 de mayo de 2017 solicitó ante la accionada el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta la base de liquidación establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, igualmente se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad como lo señala el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Petición que fue negada por medio del Oficio 2017-27089 del 22 de mayo de 2017.

Le fue reconocida y pagada todos los años de servicio la prima de navidad y de acuerdo con lo determinado en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004 esa partida debe computarse en la liquidación de la asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública. Sin embargo, la entidad demandada no tuvo en cuenta dicha prima sin que exista fundamento

jurídico o fáctico que justifique esa exclusión.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política. Igualmente, consideró que se desconocieron las Leyes 131 de 1985; 4<sup>a</sup> de 1992; y 923 de 2004; así como los Decretos 1794 de 2000 y 4423 de 2004.

Para el efecto, afirmó que la entidad accionada desde que le reconoció la asignación de retiro ha inaplicado el régimen de transición que fue contemplado en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que resulta aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios y dispone que la asignación básica computable en la citada prestación económica, equivale a un salario mínimo incrementado en un 60% y no en un 40% como le fue reconocido.

Aunado a lo anterior, sostuvo que no es correcto que la entidad accionada para computar su asignación mensual le aplique el 70% al salario mensual adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad, comoquiera que de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ese 70% debe aplicarse solo a la asignación básica y luego si sumarle el 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Por último, indicó que de conformidad con el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004 la prima de navidad debe computarse para efectos de liquidar la asignación de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles adscritos al Ministerio de Defensa Nacional. Sin embargo, en contravía de dicho precepto normativo en su caso no fue objeto de inclusión dicha partida.

**Contestación de la demanda.** (fs. 57 a 64) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Expuso que el Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, en cumplimiento de la sentencia de unificación CE-SUJ2 8500133330022013006000 del 25 de agosto de 2016 emitida por el Consejo de Estado, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, remitió a esa entidad (Cremil) el complemento de la hoja de servicios del aquí demandante según consecutivo 20205229 del 30 de noviembre de 2017, por medio del cual realizó el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual militar, quedando aumentado del 40% al 60%, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000.

Formuló las excepciones denominadas *«correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro; inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional; los soldados profesionales e infantes de marina no efectúan aportes mientras se encuentran en servicio activo para cubrir la duodécima parte de la prima de navidad al momento del retiro; no configuración a la violación del derecho a la igualdad; legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil); no configuración de la causal de nulidad; no procedencia de la causal de falsa motivaciones en las actuaciones de Cremil; y prescripción del derecho»*.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 1.º de noviembre de 2018 (fs. 108 a 129) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la que ordenó reajustar la asignación de retiro que le fue reconocida previamente al actor, teniendo en cuenta como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% y, además, aplicar el 70% solo al salario básico para luego sumarle el 38,5% de la prima de antigüedad, tal como lo define el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Ajustes que deberán tener la respectiva indexación de la diferencia que resulte de las mesadas.

Por otro lado, la autoridad judicial en mención negó la pretensión que se refiere a la excepción de inconstitucionalidad frente al no reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad, al considerar que esa partida no se encuentra dentro de los factores a

tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, máxime cuando el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 prohíbe expresamente la inclusión en la asignación de retiro, primas, bonificaciones, auxilios y compensaciones que no se encuentren asignadas por cada categoría.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandante.** - (fs. 135 a 142) Impugnó lo que se refiere a la prima de navidad, comoquiera que el juez de primera instancia le negó la pretensión encaminada a que dicho factor fuese computado en la liquidación de la asignación de retiro. Para ello, argumentó que a los soldados profesionales debe incluirse dicha prima para efectos de computar la asignación de retiro como es el caso de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, a quienes si se les reconoce.

Señaló que con el proceder de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) y la decisión adoptada por el *a quo* se le vulneraron sus derechos a la igualdad y mínimo vital, en razón a que la mesada mensual correspondiente a su asignación de retiro se afectó en un monto de \$ 104.000, valor significativo para un soldado profesional.

**Parte demandada.** - (fs. 143 a 146) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) inconforme con la decisión emitida por el juez de primera instancia interpuso recurso de apelación, en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos por las partes fueron concedidos en diligencia de conciliación mediante auto del 12 de diciembre de 2018 (fs. 162 y 163) y admitidos por esta Corporación en auto del 06 de mayo de 2019 (f. 177); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 26 de julio de 2019 (f. 180), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor Alex Darío Núñez Pérez fue liquidada conforme a derecho o, si contrario a ello, debe ser reajustada.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al encontrar que al actor le asiste derecho al reajuste de su asignación de retiro, puesto que la entidad demandada incurrió en un error al aplicar la fórmula dispuesta para el reconocimiento de esa prestación económica. Sin embargo, la entidad accionada en lo que concierne a la prima de navidad reclamada, actuó conforme a derecho al negar su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro del señor Núñez Pérez, ya que esa prima no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para ese efecto, de acuerdo con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

<sup>4</sup> Párrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un

---

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

#### **Prima de navidad en el caso particular de los soldados profesionales. –**

El Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5.º, previó que aquel personal que se encuentre en servicio activo tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad, equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual debe ser pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, la prima de navidad en mención no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como si se dispuso para el grupo de oficiales y suboficiales.

En razón a ello, surgieron situaciones en las que se invocó la garantía al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. No obstante, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, dejó claro que por disposición del legislador se excluyó la prima de navidad como partida computable en el caso de los soldados profesionales, además, resaltó que no puede considerarse que esa normativa contraríe o atente contra el artículo 13 constitucional, puesto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio.

En esos términos, ha de entenderse que al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe incluirse las partidas estipuladas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, además de las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa y sobre los cuales se efectúen las respectivas cotizaciones.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 03 de mayo de 2017 por el señor Alex Darío Núñez Pérez ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de obtener el reajuste de su asignación de retiro en un 20%, la correcta liquidación de la prima de antigüedad y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad (fs. 3 a 5).
- b) Oficio 2017-27089 del 22 de mayo de 2017, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, al considerar que no puede incluir factores que no se encuentren previstos en la ley (fs. 6 y 7).
- c) Certificación emitida en el mes de septiembre de 2017 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Alex Darío Núñez Pérez en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Comando de la Armada Nacional de Bogotá D.C. (f. 8).

- d) Hoja de servicios identificada con el consecutivo 4-7701788 del 02 de febrero de 2017, en la que se observa que el demandante prestó servicio militar desde el 20 de noviembre de 1996 hasta el 30 de junio de 1998; posteriormente fue soldado voluntario (infante voluntario) entre el 1.º de julio de 1998 hasta el 13 de agosto de 2003; y estuvo como infante de marina profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 1.º de febrero de 2017, fecha en la que inició sus tres meses de alta por tener derecho a la pensión. Igualmente, se tiene que percibió sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar (fs. 9 y 10).
- e) Resolución 2320 del 29 de marzo de 2017, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Alex Darío Núñez Pérez, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fs. 11 a 13).
- f) Certificación emitida por la entidad accionada, en la que se describe la forma en la que se efectuó la liquidación de la asignación de retiro del aquí accionante. Liquidación que fue obtenida teniendo en cuenta el salario mínimo aumentando en un 40%; la prima de antigüedad correspondiente al 38,5% del 70% del salario mínimo aumentado en un 40%; y sumado además el subsidio familiar (f. 14).

**Caso concreto.** - El señor Alex Darío Núñez Pérez a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima; e incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica.

Pues bien, en principio se advierte que comoquiera que el demandante fue infante voluntario, que se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó

como infante de marina profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985 y el art. 1 del Decreto 1794 de 2000, conforme se expuso en el acápite del marco normativo.

Ahora, teniendo en cuenta que la **asignación de retiro** de los soldados e infantes voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgar.

En relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales es computable para efecto de la liquidación calculando el 38.5% a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

No obstante, de la certificación que obra a folio 14 del expediente se desprende que en el caso concreto la asignación de retiro del señor Núñez Pérez fue computada teniendo en cuenta el 70% de la suma del salario básico (que a su vez es el resultado del salario mínimo incrementado con el 40%) y la prima de antigüedad (calculada en el 38.5% del salario mínimo con el incremento del 40%). Por tanto, deberá ajustarse en los términos dispuestos en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, esto es, para el caso particular «(salario incrementado en el 60% x 70%) + (salario incrementado en el 60% x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia al considerar que en efecto la entidad demandada al reconocerle la asignación de retiro del señor Núñez Pérez aplicó de forma incorrecta la fórmula dispuesta para ello.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la prima de navidad, cabe resaltar que conforme a las normas señaladas en el acápite normativo y en aplicación de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado, el infante profesional Alex Darío Núñez Pérez al haber causado su derecho a la asignación de retiro tenía derecho a la inclusión únicamente de la asignación básica y la prima de antigüedad como partidas computables para liquidar dicha prestación económica.

Repárese que la prima de navidad reclamada por el demandante en el presente asunto no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados e infantes profesionales.

Por último, la Sala precisa que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emitida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia proferida el primero (1.º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de

condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del primero (1.º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor Alex Darío Núñez Pérez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil).

**Segundo-** Sin condena en costas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501920180013201  
Demandante : **Katia Leticia Ávila Barrozo**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de  
Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión invalidez docente

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 69 a 77), contra la sentencia del 27 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 64 a 68).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 35 a 46). La señora Katia Leticia Ávila Barrozo, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones i) 5803 del 17 de noviembre de 2011 mediante la cual se le reconoció una pensión de invalidez; ii) 7776 del 10 de octubre de 2017 que negó el reajuste de la pensión invalidez; y iii) 0696 del 25 de enero de 2018, que resolvió un recurso de reposición contra el acto que negó la reliquidación decidiendo confirmar la denegación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) reconocer y pagar la pensión de invalidez por un valor de \$ 1.420.901 a partir del 30 de agosto de 2010; suma equivalente al 100% del valor del salario devengado al momento de decretarse el retiro por invalidez; ii) se paguen los reajustes e

indexación de la primera mesada pensional; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y iv) cancelar perjuicios morales en la suma de 50 S.M.L.M.V.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante relató como soporte del presente medio de control los siguientes hechos:

El 6 de julio de 2010 la Empresa Médicos Asociados S.A., le determinó una invalidez del 73,4%, bajo el procedimiento de la Ley 100 de 1993.

El 17 de noviembre de 2011 la Secretaria de Educación del Distrito expidió la Resolución 5803 mediante la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez.

En Resolución 7776 la accionada le negó el reajuste de la pensión de invalidez que había solicitado. Contra dicho acto interpuso recurso de reposición el cual fue confirmado a través de la Resolución 0696 del 25 de enero de 2018.

Fue retirada del servicio el 30 de agosto de 2010.

En certificación No 2017036092 del 12 de abril de 2017 consta que ella laboró como docente en la Secretaria de Educación de Cundinamarca desde el 14 de mayo de 2002 al 5 de diciembre de 2003. En razón a esto considera que no le es aplicable la Ley 100 de 1993.

Posteriormente se desempeñó como docente en la Secretaria de Educación de Cundinamarca entre el 26 de enero de 2004 al 15 de julio de 2008. Luego del 17 de julio de 2008 al 30 de agosto de 2010.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – La demandante citó como normas vulneradas los artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 44, 46, 48 y 53; 3 y 15 de la Ley 91 de 1989; 81 de la Ley 812 de 2003; 56 de la ley 962 de 2005 y 2.4.4.2.3.2.2 del Decreto 1075 de 2015.

Expuso que los actos cuya nulidad se reclama solo tuvieron en cuenta la vinculación provisional de la demandante en el Distrito Capital desde enero de 2008, pero ignoraron la

vinculación como docente en Cundinamarca desde el 14 de mayo de 2002, como bien se acredita en la certificación No 2017036092 del 12 de abril de 2017.

Aseveró que su situación debe regirse por la Ley 91 de 1989 y no por el régimen de la prima medida establecida en la Ley 100 de 1993 como erróneamente lo aplicó la demandada, de tal manera que el reconocimiento de su pensión debe darse conforme al 100% del salario devengado, dado que perdió su capacidad laboral en un 83% calificada con la metodología de la Ley 100 y no con la metodología de la Ley 91 de 1989.

**Contestación de la demanda.** – La entidad accionada no contestó la demanda pese haber sido debidamente notificada (folios 53 y 54).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2018 (fs. 64 a a 68), negó las pretensiones de la demanda al colegir que *«[...] no le asiste razón al demandante al pretender el reconocimiento de su pensión de invalidez bajo los preceptos de la Ley 91 de 1989, toda vez que resultaba imperativo que aquella se encontrare vinculada como servidora pública docente con anterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sin embargo su vinculación como docente no se produjo sino hasta el 26 de enero de 2004, lo cual implica que aquella se encuentra sujeta a las disposiciones de la Ley 100 de 1993; de ahí que al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, se negarán las pretensiones de la demanda.»*

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandante.** - (fs. 69 a 77) Reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insistió en que *«[...] la primera vinculación data del año 2002, y sin solución de continuidad laboró hasta el 5 de diciembre de 2003, vinculación hecha mediante acto administrativo emitido por la autoridad administrativa, debiéndose tomar posesión, lo que indica que la demandante inicio su actividad laboral en calidad de docente en esta entidad territorial antes del 27 de junio de 2003, por lo tanto, se debe proceder a enmendar el error cometido por la administración con los actos impugnados, toda vez que su situación pensional debe regirse por la Ley 91 de*

*1989 y la legislación anterior y no por el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, de tal manera que se debe reconocer la pensión de invalidez por enfermedad profesional teniendo en cuenta el 100% del salario devengado al momento del retiro dado que perdió en un 83% de su capacidad laboral.»*

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 12 de octubre de 2018 (f. 79) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 6 de mayo de 2019 (f. 87), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** – Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 21 de junio de 2019 (f. 90), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte demandante quien insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.**- Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si a la señora Katia Leticia Ávila Barrozo le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de la Nación Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reajuste o reliquidación de su pensión de invalidez, bajo las condiciones previstas en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 91 de 1989.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que la vinculación de la demandante como servidora pública se dio en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que la reliquidación de su pensión debe efectuarse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993, de conformidad con las razones que se pasan a exponer.

**Marco normativo.** - La Sala procede a determinar la solución que en derecho corresponde en punto de resolver el problema jurídico planteado, y para ello estudiará la normativa especial en materia de pensión de invalidez.

### **Pensión invalidez docentes -**

La Ley 812 de 2003 a través de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81, distinguió entre el personal docente vinculado con anterioridad y posterioridad a su entrada en vigor, 27 de junio de 2003, para efectos de determinar el régimen prestacional aplicable a cada grupo de docentes.

Si el docente se vincula antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se tiene que el régimen prestacional aplicable es el contenido en los artículos 115 de la Ley 115 de 1994 y 6 de la Ley 60 de 1993, que disponen lo siguiente:

*«Art. 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.»*

En este mismo sentido, la Ley 60 de 1993 ya había establecido en su artículo 6 lo siguiente:

*«(...) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otras clases de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)»*

Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Sin embargo, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>2</sup> establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esa misma Sección:

*«[...] Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:*

*A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. [...]*

*2. Pensiones:*

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

*De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.*

*Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la*

---

<sup>2</sup> Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional [...].».*

El artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968 establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%, en el siguiente sentido:

*«[...] Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista.*

*a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%;*

*b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%;*

*c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.*

*Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización [...].».*

En este mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

*«Art. 60. Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.*

*Art. 61. Definición.*

*1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.*

*2.- En Consecuencia, no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%.» (...)*

*«Art. 63. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*

*a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.*

*b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será*

*equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual c) ».*

Por su parte la Ley 4 de 1966, en su artículo 4 estableció lo siguiente:

*Artículo 4º.- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. Reglamentado por el Decreto 643 de 1967.*

Así mismo, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 5 precisó:

*«Artículo 5o. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2025 de 1966. El nuevo texto es el siguiente:> A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público».*

Así las cosas, se tiene que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda de que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios».*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los*

*principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...]».*

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media

establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

Resolución 5803 del 17 de noviembre de 2011 por medio de la cual la Secretaria de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó pagar a la docente Katia Leticia Ávila Barrozo una pensión por invalidez de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de agosto de 2010 por un valor de \$ 515.000, equivalente al salario mínimo legal vigente para el año 2010 (folios 3 a 8).

Resolución 7776 del 10 de octubre de 2017 a través de la cual la Secretaría de Educación del Distrito Dirección de Talento Humano negó la solicitud de ajuste de la pensión invalidez de la señora Katia Leticia Ávila Barrozo (folios 9 y 10).

Resolución 0696 del 25 de enero de 2018 mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito Dirección de Talento Humano resolvió un recurso de reposición confirmando en todas sus partes la Resolución 7776 (folios 12 y 13).

Certificación No 2017036092 expedida por la Dirección de Personal de Instituciones Educativas y la Coordinación de Historias Laborales y Certificaciones de la Gobernación de Cundinamarca, en la que consta que la señora Katia Leticia Ávila Barrozo prestó sus servicios como docente en la Secretaria de Educación de Bogotá mediante orden de prestación de servicios desde el 15 de mayo de 2002 hasta el 5 de diciembre de 2003 (folio 15).

Certificados emitidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al formato único para la expedición de certificado de historia laboral Decreto 2831 de agosto 16 de 2005, en los que se consignó que la señora Katia Leticia Ávila Barrozo laboró para la Secretaria de Educación Departamental de Cundinamarca desde el 26 de enero de 2004 hasta el 15 de enero de 2006 y desde el 24 de febrero de 2006 al 15 de julio de 2008 (folios 16 y 17).

Formato único para expedición de certificado de historia laboral emitido por la Secretaria

de Educación de Bogotá en el que consta que la docente Katia Leticia Ávila Barrozo laboró para esa entidad desde el 27 de junio de 2008 hasta el 30 de agosto de 2010. Igualmente se avizoran los emolumentos percibidos durante el último año de servicios tales como sueldo, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad (folios 18 a 20).

Dictámenes para calificación de invalidez proferido por Médicos y Asociados en los que se evidencian las descripciones de la discapacidad de la señora Katia Leticia Ávila Barrozo, con los aumentos de esta (folios 21 a 29).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la demandante persigue la reliquidación de su pensión invalidez con la aplicación de la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que su vinculación con la demandada se llevo a cabo desde el año 2002, esto es, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003.

Sobre el particular, y del análisis del plenario se tiene que, si bien es cierto que la demandante se vinculó inicialmente desde el 15 de mayo de 2002 hasta el 5 de diciembre de 2003 con la Secretaria de Educación de Bogotá (Certificación No 2017036092 folio 15), también lo es, que ese tipo de vinculación fue por prestación de servicios, es decir, como trabajadora independiente que asume sus propios riesgos según lo ha establecido el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto, estudio del acervo probatorio se logró evidenciar que la vinculación de la demandante antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 fue precaria como docente contratada por prestación de servicios situación que no es equiparable a la de un servidor público y que no le genera los derechos propios de una relación legal y reglamentaria, es decir que esa relación no le generó derechos subjetivos ni expectativas legales. Fue solo a partir de su vinculación como docente de la Secretaria de Educación en provisionalidad que se forjó el vínculo laboral como servidora pública.

En ese sentido, se tiene que la señora Ávila Barrozo en su calidad de docente, con fecha de ingreso posterior a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, 26 de enero de 2004, se encuentra regida por lo dispuesto en el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre

los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

En consideración a lo anterior, no hay lugar a acceder a lo pretendido por la parte demandante, puesto que su inconformidad radica en que la accionada al liquidar su pensión de invalidez no le dio aplicación a lo dispuesto en la normativa anterior a la Ley 100 de 1993 esto es la Ley 91 de 1989. Esto, por cuanto se insiste en que la vinculación de la demandante como servidora pública solo se dio con posterioridad a la Ley 812 de 2003.

Por otro lado, la Sala advierte que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese momento, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

En ese entendido, se tiene que dichos pronunciamientos si resultan aplicables a la situación particular de la señora Katia Leticia Ávila, ya que su caso se encuentra en discusión en vía judicial y, por tanto, hay lugar a aplicar las reglas fijadas en las sentencias de unificación emitidas por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de ser el caso de la Corte Constitucional.

En esos términos, se confirmará la sentencia del 27 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de

condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>3</sup>, así:

«[...]

*Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...]».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esvarón argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

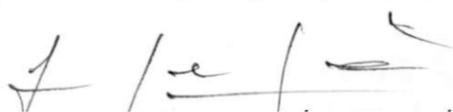
**Primero: Confirmar** la sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Katia Leticia Ávila Barrozo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25899-33-33-003-2018-00244-01  
Demandante : **María Gladys Guatavá Briceño**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de  
Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión docente

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 66 a 69) contra la sentencia del 09 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Tercero (3.º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 51 a 61).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 10 a 25) La señora María Gladys Guatavá Briceño, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015, por medio de la cual le fue reliquidada su pensión de jubilación con ocasión del retiro del servicio.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reajustarle la pensión de jubilación, a partir del 02 de febrero de 2015, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año que se le tuvo en cuenta como base de liquidación, elevando la cuantía a \$ 2.373.062 m/cte.; (ii) pagarle el valor de las diferencias entre las mesadas pensionales reliquidadas y las

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio canceladas, con el correspondiente ajuste monetario; (iii) reconocer intereses moratorios a la máxima tasa legal, causados por el no pago oportuno de las mesadas pensionales en forma completa; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, so pena de pagar los intereses moratorios a que haya lugar; (v) cancelar las costas causadas en el proceso de la referencia.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 939 del 31 de agosto de 2005 reconoció a su favor una pensión de jubilación en cuantía de \$ 1.312.315 m/cte.

La Secretaría de Educación de Cundinamarca por medio de la Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015 reliquidó su pensión de jubilación con ocasión del retiro del servicio, en el equivalente de \$ 2.302.336 m/cte., por concepto de la mesada mensual, a partir del 02 de febrero de 2015. Sin embargo, para efectos de establecer la cuantía solo se computó la asignación mensual básica, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación para su grado dentro del escalafón nacional, factores percibidos en el año inmediatamente anterior al 02 de febrero de 2015, dejando por fuera la bonificación mensual y la prima de servicios.

Durante el año comprendido entre el 02 de febrero de 2014 y el 1.º de febrero de 2015 devengó por sueldo mensual, prima mensual, prima de navidad y prima de vacaciones, la suma de \$ 37.968.996 m/cte., cuyo 75% del promedio mensual equivale a \$ 2.373.062 m/cte.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte actora citó como normas violadas por el acto censurado el preámbulo y los artículos 13, 23 y 53 de la Constitución Política, Ley 62 de 1985; párrafo 2.º del artículo 15 de la Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990; así como los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978; 45 del Decreto 1045 de 1978; Decreto 1545 de 2013; y Decreto 1272 de 2015.

Para el efecto, expuso que la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados cumplen con las características propias del salario y sus componentes conforme a las previsiones de los Decretos 1042 de 1978 y 1272 de 2015, así como lo ha determinado el

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Consejo de Estado dichos factores corresponden a una contraprestación económica directa del servicio, razón por la que adquieren connotación de factor salarial y es procedente tenerlos en cuenta desde el punto de vista prestacional.

**Contestación de la demanda.** - La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que fue debidamente notificada (f. 30).

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Tercero (3.º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá mediante sentencia del 09 de abril de 2019 (fs. 51 a 61) accedió a las pretensiones de la demanda al concluir que la demandante se vinculó al servicio docente antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, por tanto, no existe duda que le es aplicable la Ley 33 de 1985 y de acuerdo con la jurisprudencia, la liquidación de la pensión debió realizarse con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al retiro.

Por otro lado, la autoridad judicial en mención ordenó realizar el descuento de aportes de seguridad social respecto a los factores objeto de inclusión, siempre que no se hubiesen efectuado dichas deducciones legales.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada interpuso recurso de apelación (fs. 66 a 69), en el sentido de solicitar se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, estableció que las pensiones deben liquidarse únicamente con los factores salariales descritos de manera taxativa en la legislación.

## **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 12 de junio de 2019 (f. 75) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 29 de julio de 2019 (f. 84), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 05 de noviembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 87). Oportunidad aprovechada por la parte demandante y el Ministerio Público.

**Parte demandante.-** (fs. 88 a 90) Precisó que las pretensiones de la demanda van encaminadas a obtener la suspensión y el reintegro de los descuentos que se efectúan a las mesadas adicionales de junio y diciembre, para lo cual solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

**Ministerio Público.-** (fs. 91 a 98) Sugirió revocar la decisión apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda al colegir que la señora María Gladys Guatavá Briceño comenzó a laborar como docente el 06 de junio de 1978, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, lo que ocurrió el 27 de junio de 2003, por ello al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicio, el régimen aplicable para el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación es el contenido en la Ley 33 de 1985 y los factores para la liquidación son los señalados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad accionada en el presente asunto.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico. -** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora María Gladys Guatavá Briceño le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se revocará la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda en razón a que los factores que la demandante pretende se computen para efectos de liquidarle su pensión de jubilación no se encuentran en la norma que regula su situación particular, esto es, la Ley 62 de 1985, así como tampoco aquella acreditó que sobre los mismos se efectuaron las respectivas cotizaciones al sistema pensional, conforme pasa a exponerse.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **I. Reliquidación pensional docentes.-**

El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

[...].».

A su vez, la Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hace una distinción entre el personal docente nacional, nacionalizado y territorial de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.*

*3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

[...]

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley».*

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme a lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

El Consejo de Estado con ponencia del magistrado Tarsicio Cáceres Toro, en sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 2002 – 0594, precisó:

*«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen ‘ordinario’, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional ‘ordinaria’ pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93’.*

[...]

*La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: ‘El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley’. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen ‘especial’; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula ‘Régimen Especial de los Educadores Estatales’, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones ‘generales’ de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales».*

Dicho brevemente, la Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994, y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificatorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados*

*al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.»*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para*

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

*la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...]»*

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015 mediante la cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor de la docente María Gladys Guatavá Briceño una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 2.302.336 m/cte., efectiva a partir del 02 de febrero de 2015. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los salarios del último año de servicios, específicamente se observa que se incluyó la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación (fs. 3 y 4).
- b. Certificación de salarios expedida el 05 de marzo de 2018 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que se indicó que la demandante devengó del 1.º de enero de 2014 al 1.º de febrero de 2015 los factores salariales denominados: asignación básica, bonificación mensual, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes (f. 5).
- c. Formato único para la expedición de certificado de historia laboral emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del que se desprende que la señora Guatavá Briceño a través del Decreto 703 del 06 de abril de 1978 fue vinculada como docente y por medio de la Resolución 260 del 19 de enero de 2015 fue retirada del servicio bajo la causal de retiro voluntario (fs. 6 y 7).
- d. Resolución 260 del 19 de enero de 2015, en la que la Secretaría de Educación de Cundinamarca aceptó la renuncia de la aquí demandante, a partir del 02 de febrero de 2015 (fs. 7 vto. y 8).
- e. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Gladys Guatavá Briceño, en la que se observa que nació el 15 de enero de 1955 (f. 9).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad parcial de la Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015, por medio de la cual la entidad accionada le reliquidó su pensión de jubilación con ocasión del retiro del

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio servicio, pero sin incluir todos los factores salariales que percibió en el último año de servicio. Por tanto, entre otras cosas, solicitó que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la accionada reliquidarle nuevamente su pensión teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, la prima de servicios y la bonificación mensual.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Cundinamarca, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015 reconoció a favor de la docente María Gladys Guatavá Briceño una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 2.302.336 m/cte., a partir del 02 de febrero de 2015.

Sobre el particular, se encuentra que para efectos de la liquidación de la pensión en mención la entidad accionada tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores denominados asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, los cuales fueron devengados en el año anterior al retiro del servicio de la pensionada.

Ahora, verificado el certificado de salarios que obra a folio 5 del expediente se vislumbra que la docente María Gladys Guatavá Briceño en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2014 y el 1.º de febrero de 2015 percibió los siguientes factores: asignación básica, bonificación mensual, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes.

De esta forma, la Sala advierte que la demandante en su calidad de docente ingresó a prestar sus servicios en la Secretaría de Educación de Cundinamarca antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que se encuentra regida por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por consiguiente, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular de la demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio de la pensionada, siempre que se encuentren relacionados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, tal como lo dispuso el máximo órgano de

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Por ende, tal como la entidad accionada lo reconoció en la Resolución 1526 del 26 de octubre de 2015 había lugar a liquidarle la mesada pensional con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, con la aclaración de que los mismos deberán encontrarse descritos en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

En esos términos, se vislumbra que la señora María Gladys Guatavá Briceño en el año anterior al retiro del servicio, el cual fue tenido en cuenta para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, percibió asignación básica, bonificación mensual (1 junio/14 – 31 diciembre/15), prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes, factores de los cuales solo la asignación básica se encuentra en la Ley 62 de 1985, la cual fue incluida correctamente por la Secretaría de Educación de Cundinamarca al momento de liquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante.

Al respecto, se advierte que no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con los demás factores que fueron computados por la entidad accionada al liquidar la pensión de jubilación de la aquí demandante, comoquiera que a pesar de no encontrarse dentro de los factores enlistados en la mencionada Ley 62 de 1985, a todas luces resulta improcedente realizar un juicio legal sobre los mismos al no haber sido objeto de control jurisdiccional en el plenario.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora María Gladys Guatavá Briceño no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
que el acto administrativo acusado continúa gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

Sobre el particular, es oportuno aclarar que la presente decisión tiene fundamento en la posición adoptada por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, referida en el marco normativo de esta providencia, al resultar aplicable al caso concreto por tratarse de docentes y, además, en razón a que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese momento, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

En ese entendido, se tiene que dichos pronunciamientos si resultan aplicables a la situación particular de la señora María Gladys Guatavá Briceño, ya que su caso se encuentra en discusión en vía judicial y, por tanto, hay lugar a aplicar las reglas fijadas en las sentencias de unificación emitidas por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de ser el caso de la Corte Constitucional.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, en la que

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia del nueve (09) de abril de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Tercero (3.º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora María Gladys Guatavá Briceño en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para en su lugar, negar las pretensiones incoadas.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Revocar** la sentencia del nueve (09) de abril de dos mil diecinueve (2019) emitida

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el Juzgado Tercero (3.º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora María Gladys Guatavá Briceño en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su lugar,

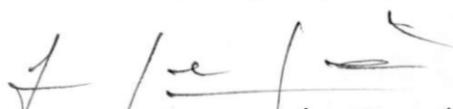
**Segundo: Negar** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas.

**Tercero:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de mayo dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2018-00533-00  
Demandante : **Ana Silva Beltrán**  
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reconocimiento pensión gracia  
Actuación : Resuelve medida cautelar

## I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar, interpuesta por la apoderada de la parte demandante, consistente en suspensión provisional de los actos administrativos por medio de los cuales le revocaron el reconocimiento de la pensión gracia y determinan unos mayores valores recibidos por concepto de mesadas pensionales.

## II. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 47 a 61) La señora Ana Silva Beltrán, mediante apoderada, presentó ante este Tribunal medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **(nulidad parcial)** Resolución RDP 042415 de 15 de octubre de 2015, proferida por la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la Ugpp, mediante la cual de **revocó** el acto administrativo que reconoció una pensión gracia a la señora Ana Silva Beltrán (fs. 8 a 10).
- Resolución RDP 026067 de 15 de julio de 2016, expedida por la asesora grado 16 con asignación de funciones de subdirector de determinación de derechos pensionales, donde determinó que la señora Ana Silva adeuda a favor del Sistema General de Pensiones la suma de \$92.007.609 la cual deberá pagar al tesoro público nacional, por concepto de mayores mesadas pensionales recibidas (fs. 11 a 18).

- Resolución RDP 034142 de 15 de septiembre de 2016, por la cual la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la Ugpp, al resolver un recurso de reposición confirmó la anterior decisión (fs. 16 a 19).
- Resolución RCC-11151 de 12 de julio de 2017, proferida por el subdirector de cobranzas (E), mediante la cual se resuelve seguir adelante con la ejecución del proceso administrativo de cobro coactivo (f. 20 a 23).
- Resolución RCC-12196 de 20 de septiembre de 2017, expedida por el funcionario ejecutor de la Ugpp, donde al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, la confirmó en todas sus partes (fs. 24 a 26).

Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada a: i) suspender el procedimiento coactivo para la expedición de la resolución de mandamiento de pago dentro del proceso de cobro coactivo iniciado; ii) suspender el trámite de cobro coactivo de *«cualquier suma de dinero entregada a la señora Ana Silva Beltrán, por concepto de reconocimiento de la pensión gracia, obtenida mediante documentos falsos allegados a la entidad por [su] apoderado judicial JUAN CARLOS SOLAQUE»*; iii) *«[...] en el evento de haberse realizado algún pago por parte de [mi] apoderada a la UGPP, se ordene a la entidad accionada, la devolución del mismo»*; y iv) pagar las costas del proceso.

Asimismo, en el escrito de la demanda solicitó se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, fundamentando su petición en los siguientes términos (fs. 47 a 61 cuaderno medida cautelar):

*«[...] solicito [...] se decrete la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos: acto administrativo distinguido como Resolución No RDP 042415 de 15 de OCTUBRE DE 2015, POR MEDIO DE LA CUAL la [...] UGPP, revocó el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación realizado a favor de la señora Ana silva Beltrán [...] acto administrativo [...] Resolución No RDP 026067 del 15 de JULIO DE 2016, POR MEDIO DE LA CUAL la [...] UGPP, determina [unos] mayores valores recibidos, por concepto de mesadas pensionales, con cargo a Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones [...] Resolución No RDP 034142 del 15 DE SEPTIEMBRE DE 2016, POR MEDIO DE LA CUAL la [...] UGPP resuelve recurso de reposición interpuesto contra la resolución RDP 026067 de 15 de julio de 2016, niega la apelación y queda agotada la actuación administrativa, Resolución No RCC 11151 del 12 de JULIO de 2017, [...] toda vez que los mismos emanan de actos que son abiertamente ilegales, porque violan el ordenamiento jurídico, tal como se demuestra en el concepto de violación, evitando*

*así que [mi] mandante siga siendo perjudicada por la decisión de la entidad de acusarla de actuaciones administrativas que no fueron realizadas por ella, que la han llevado a que se decrete el embargo de [sus] bienes.» (si para toda la cita).*

Mediante auto de 14 de febrero de 2019 se corrió traslado a la entidad demandada de la solicitud de medida cautelar presentada por la señora Ana Silva Beltrán (fs. 62 y vto. cuaderno de medidas cautelares).

A través de escrito de 12 de agosto de 2019, la entidad se pronunció respecto a la medida cautelar presentada, aduciendo que la misma no procede toda vez que: i) la ley habilita a todas las entidades públicas a revocar directamente sus actos administrativos, sin necesidad de acudir a los contencioso administrativo, cuando el mismo se profirió con soportes ilegales y fraudulentos; ii) el decreto sobre el cual se basó la decisión de reconocer la pensión gracia a la actora, es «*presuntamente falso*» por lo que no tiene fundamento jurídico.

Así mismo, adujo que la solicitud de medida cautelar no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues no demuestra un inminente perjuicio irremediable, y no existe un perjuicio toda vez que la pensión gracia se reconoció sin cumplir los requisitos para ello, careciendo de todo sustento jurídico la petición de la prestación, lo que generaría un detrimento patrimonial para el estado, al reconocer y pagar una pensión que reúne los requisitos para hacerse acreedora a la misma.

Por lo que solicitó que la medida cautelar no se decrete, toda vez que no se evidencia un perjuicio irremediable, pues los actos administrativos fueron expedidos dentro del marco legal.

### III. CONSIDERACIONES

**Problema jurídico.-** Corresponde a esta Sala determinar si le asiste razón a la parte demandante al solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que le revocaron el reconocimiento de la pensión gracia y le exigen el pago de unos valores pagados de más por concepto de esa misma prestación.

**Análisis de la sala.-** Para desatar el problema jurídico, y determinar si en el presente caso se debe decretar la medida cautelar propuesta, se debe estudiar el tema así: (i) de la suspensión provisional; (ii) caso concreto.

(i) **De la suspensión provisional.**- La suspensión provisional, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>, es una medida precautoria o cautelar, cuya finalidad es hacer cesar los efectos jurídicos de un acto administrativo mientras se profiere sentencia que decida si este infringe o no las normas superiores que se estiman transgredidas de manera manifiesta o prima facie.

De conformidad con el artículo 238 de la Constitución Política, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, siempre que se satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, así:

*«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»* (negrilla de la Sala).

Sobre el particular, el Consejo de Estado en pronunciamiento de 14 de febrero de 2019<sup>2</sup>, en lo que respecta a la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional, precisó:

«[...]

*Requisitos de procedencia generales o comunes de índole material,<sup>31</sup> La Sala los denomina «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole material», en la medida que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole material, son: (1) que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; y (2) que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.*

[...]

*36. Así pues, es claro para la Sala, que el juez contencioso debe evaluar con especial cuidado si la medida cautelar solicitada en verdad está orientada a garantizar el objeto del proceso, puesto que al ordenar su decreto, también se pueden lesionar las prerrogativas fundamentales de los perjudicados con las medidas cautelares. Ante tales circunstancias, las autoridades judiciales deben propender por aplicar las normas pertinentes al caso concreto, de manera tal que*

<sup>1</sup> Ver entre otras, Sentencia de 16 de mayo de 2018, radicado N° 11001-03-25-000-2016-00178-00(0882-16), Consejero ponente: William Hernández Gómez; Sentencia de 7 de diciembre de 2017, radicado N° 11001-03-27-000-2017-00030-00 (23254) Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>2</sup> Expediente 25000-23-42-000-2017-05165-01(4086-18), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez,

*logre el menor perjuicio posible a los derechos fundamentales, siempre que estos no estén en discusión, se reitera.*

*37. Finalmente, ya para agotar lo que tiene que ver con el primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, la Sala precisa que respecto de la exigencia de que la medida cautelar solicitada esté orientada a garantizar la efectividad de la sentencia, ello se explica en razón de que con las cautelas se busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez, es decir, que propenden por la seriedad de la función jurisdiccional, y por esta vía, guardan relación directa con los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, en la medida que con las medidas cautelares también se asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas.*

*6.2.1.3. Requisitos de procedencia específicos, de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo. La Sala los denomina «requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011. Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda así: (a) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud; y (b) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios.*

*6.2.1.4. Requisitos de procedencia específicos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Finalmente, si se pretenden otras medidas cautelares diferentes - medidas cautelares positivas- a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales: (a) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (b) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (c) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (d) que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]»*

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, para que proceda la suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo, se requiere de unos requisitos de procedencia, donde la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia y además debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Así mismo, se colige que de acuerdo con lo previsto en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011, a diferencia de lo contemplado en el anterior Código Contencioso Administrativo, la potestad del juez en cuanto al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional va más allá de la simple confrontación del acto demandado con las normas que se consideran infringidas puesto que, además de tal facultad, le es permitido realizar un análisis probatorio a efectos de determinar la procedencia o no de dicha medida, siempre que ello **no implique prejuzgamiento**.

(ii) **Caso concreto.**- En el escrito de la solicitud de medida cautelar, se establecen como disposiciones quebrantadas por los actos administrativos acusados, los artículos 1°, 2°, 13, 25, 29, 83, 93, 113, 123, 228 y 229; 1°, 102, 103, 104 y 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el *sub examine* se observa que a través de la Resolución RDP 042415 de 15 de octubre de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social revocó el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación de la señora Ana Silva, así mismo que la entidad inició cobro coactivo administrativo por los dineros pagados de más por la prestación reconocida de forma ilegal, pues se afirma, que los documentos allegados como soporte para el reconocimiento de dicha pensión, no concuerdan con la realidad.

Avanzando, encontramos que el argumento expuesto por la parte demandante para solicitar la cesación de los efectos jurídicos de los actos demandados, es que se le están vulnerando sus derechos de forma directa por parte de la entidad, al acusarla de actuaciones administrativas, que afirma no fueron realizadas por ella, que además a llevado a que le embarguen sus bienes; razón por la que solicita que se suspendan los efectos jurídicos de los actos enjuiciados.

Así mismo, la entidad afirma que la pensión gracia reconocida se realizó de forma ilegal, toda vez que no cumple con lo establecido en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, como lo es «[...] *la demostración de un inminente perjuicio irremediable, ya que la demandante no acreditó con los requisitos para acceder a la pensión gracia, por lo cual no tendría derecho a la misma, así que no existiría perjuicio alguno [...] al revivir el acto administrativo que revocó la pensión, se estaría usando los recursos públicos para pagar una pensión que jurídicamente*

*no existe [...]»*, por tal razón no era posible que la señora Ana Silva Beltrán, se hiciera acreedora de la mencionada prestación, haciendo caer al estado en un detrimento patrimonial.

Así las cosas, y de conformidad al material probatorio allegado al expediente se observa, que las partes coinciden en afirmar que la pensión gracia reconocida a la señora Ana Silva Beltrán se respaldó en documentos que faltaban a la verdad *«defraudando el sistema pensional»*, que según afirma la actora, no tenía conocimiento de ello, pues los documentos los allegaron los apoderados que inicialmente contrató para reclamar dicha prestación, y que no estaba al tanto del proceder de los mismos.

En ese orden, teniendo en cuenta que no se evidencia de forma notable que los actos administrativos demandados le estén generando un perjuicio inminente a la demandante, y que, por el contrario, se infiere la razón por la cual se le suprimió el pago de su prestación fue porque al parecer le fue reconocida sin el lleno de los requisitos establecidos por la ley, lo que estaría afectando el patrimonio del Estado.

En consideración a lo expuesto, resulta oportuno, hacer un estudio de fondo para establecer si la señora Ana Silva Beltrán es beneficiaria o no de la pensión gracia que le fue revocada, y si debe pagar las sumas de dinero, que la entidad asegura, se le cancelaron de más.

Por tal motivo, esta Sala considera que la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados **no** está llamada a prosperar, pues, no se observa que de manera evidente contraríen las normas constitucionales invocadas.

En consecuencia, se

#### **RESUELVE:**

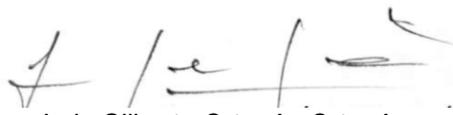
**Primero.- Negar la suspensión provisional** de los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se le revocó el reconocimiento de la pensión gracia a la señora Ana Silva Beltrán identificada con cédula de ciudadanía 21.030.455, y se determinó unos mayores valores recibidos por concepto de mesadas pensionales, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Comunicar** la presente decisión a las partes.

**Tercero.-** Una vez en firme está decisión **devolver** el expediente al Despacho para continuar el trámite procesal correspondiente.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Radicado : 2500023420002018002279 00  
Demandante : **Andrés Felipe López Sepúlveda**  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares  
Tema : Reajuste salarial con base en el índice de precios al consumidor (IPC)

La Sala en virtud del artículo 181 (inciso final) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, se ocupa de dictar sentencia de mérito dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 1 a 7). El señor Andrés Felipe López Sepúlveda a través de apoderada, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, acude ante esta jurisdicción con el fin de solicitar se declare la nulidad del i) Oficio Nro. 20183170907591: MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 17 de mayo de 2018 proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de

---

<sup>1</sup>«Artículo 181. **Audiencia de pruebas.** En la fecha y hora señaladas para el efecto, y con la dirección del juez o magistrado ponente, se recaudarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas. La audiencia se realizará sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que la duración de esta pueda exceder de quince (15) días.

[...]

En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene».

3. Cuando no fuere posible indicar el sentido de la sentencia la proferirá por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes. En la audiencia el Juez o Magistrado Ponente dejará constancia del motivo por el cual no es posible indicar el sentido de la decisión en ese momento».

Colombia – Ejército Nacional, mediante la cual se negó la reliquidación y reajuste de los salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales, con base en el índice de precios al consumidor ii) acto administrativo ficto o presunto, por medio del cual el Ejército Nacional no resolvió la petición frente a la reliquidación de la asignación de retiro con base al índice de precios al consumidor.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a i) reajustar año por año la asignación básica, adicionando los porcentajes del índice de precios al consumidor reconocidos por el Gobierno Nacional y certificados por el DANE, para los años 1999 (1.79%), 2001 (3.91%), 2002 (2.7%), 2003 (1.63%), 2004 (1.55%) y su incremento año por año hasta la fecha de retiro del servicio activo, esto es 2016, aumento que a su vez se debe reflejar en la liquidación de la asignación de retiro; ii) reliquidar e indexar la asignación básica, primas legales y convencionales, vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales incorporando los porcentajes del índice de precios al consumidor dejados de incluir en la asignación básica desde 1999 hasta la fecha de pago efectivo; iii) cancelar todos los valores adeudados dando aplicación a los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo, aplicando los ajustes de valor desde la fecha en que se dejó de pagar el aumento hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso; iv) pagar los valores que se llegaran a reconocer y los respectivos intereses moratorios que se causen; y v) condenar al pago de gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.-** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Fue retirado de la actividad militar por solicitud propia, a partir del 14 de junio de 2016 en el grado de teniente coronel del Ejército y tiene reconocida la asignación de retiro desde el año 2016, según Resolución 3215 de fecha 02 de mayo de 2016.

Prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 9 meses y 27 días, en el comando de división de aviación asalto aéreo del Ejército en la ciudad de Bogotá D.C., como su última unidad, de conformidad con el extracto de la hoja de vida.

Indicó que a partir del año de 1997 los incrementos legales anuales decretados por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública, han estado por debajo del índice de precios al

consumidor consolidados por el DANE y a la fecha no se han aumentado los porcentajes por dicho concepto, presentando un detrimento real e innegable en el poder adquisitivo de su prestación.

Mediante derecho de petición de fecha 20 de abril de 2018, se solicitó a la dirección de personal del Ejército de las Fuerzas Militares que al sueldo básico, las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales, se le computarán los porcentajes del índice de precios al consumidor certificados por el DANE en los años que dicho porcentaje quedo por debajo del índice de aumento de precios al consumidor y que como consecuencia de lo anterior se ordenará la reliquidación del sueldo, incorporándolos a la asignación básica.

Con Oficio 20183170907591 del 17 de mayo de 2018 notificado el día 05 de julio de 2018, la entidad demandada contestó la petición informando que no es posible atender de forma favorable su petición debido a que no se contempla el reconocimiento de dicho incremento bajo los parámetros solicitados en la petición y no se pronunció respecto a la reliquidación de la asignación de retiro.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2, 4, 13, 48, y 53 de la Constitución Política de Colombia; Ley 100 de 1993; Ley 238 de 1995 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Aseveró que el incremento de la asignación de retiro debe ser reajustada de conformidad con el IPC, o de acuerdo con el principio de oscilación propio del personal de retiro de la Fuerza Pública.

Señaló que al existir precedentes jurisprudenciales de carácter obligatorio que han reconocido y ordenado el pago de lo pedido frente al IPC, a otros oficiales del Ejército Nacional de Colombia, no es necesario realizar el desgaste del aparato judicial del Estado para que se pronuncie al respecto, aunado a que la mora en dichos pagos generaría un detrimento patrimonial del Estado.

Indicó que si bien los uniformados que pertenecen al Ejército Nacional gozan de un régimen especial en materia prestacional, y que de conformidad con el artículo 279 de la Ley

100 de 1993 no se podrían aplicar las normas generales del sistema de seguridad social, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, es jurídicamente posible aplicar el contenido del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los servidores del régimen especial, en lo que tiene que ver con el reajuste de las pensiones.

Concluyó que tiene derecho a que la asignación básica que devengó durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 se reajuste conforme a la variación del índice de precios al consumidor registrada en el año inmediatamente anterior, siempre que éste le resulte más favorable respecto del incremento efectuado por el Gobierno Nacional, acrecentamiento que a su vez debe reflejarse en la liquidación de la asignación de retiro reconocida.

## II. TRÁMITE PROCESAL

Revisado el expediente de la referencia, se advierte que la demanda fue admitida a través de auto de 18 de diciembre de 2018 (f. 26), en el que se ordenó la notificación personal a los señores ministro de defensa nacional, director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y agente del Ministerio Público; así mismo se dispuso dar traslado de la demanda por 30 días.

**Contestación de la demanda.-** Dentro del término legal concedido a las entidades demandadas, contestaron la demanda señalando lo siguiente:

**Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.-** (fs. 34 a 36) Se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que al pertenecer los miembros de la fuerza pública a un régimen especial, éste régimen contempla el hecho de que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado de conformidad con el principio de oscilación, donde el Gobierno anualmente mediante decreto ejecutivo, fija los incrementos de los sueldos básicos en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro, por lo que no hay lugar a reajuste alguno.

**Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.-** (fs. 49 a 58) Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el acto administrativo demandado que se pretende declarar nulo está basado en normas que justificaron su decisión, comoquiera que el salario

del personal de las fuerzas militares se ajustó a la ley marco que fijo el Congreso y en el porcentaje que determino el gobierno, en virtud del régimen especial con que estos funcionarios cuentan, por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

**Audiencia inicial.** (fs. 115 a 117) El 6 de noviembre de 2019, se celebró la audiencia prevista en el artículo 180 (numeral 1) de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia. En esta diligencia no se encontraron configuradas excepciones previas por resolver debido a que la entidad accionada no contestó la demanda y tampoco hubo necesidad de declarar ninguna de oficio, se fijó el litigio consistente en determinar si procede la nulidad de los actos censurados, por medio de los cuales se negó la reliquidación y reajuste de los salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales de conformidad con el IPC para los años 1999, 2000, 2001, 2002 y 2004 y su incremento año por año hasta la fecha de retiro del servicio activo, esto es 2016 y la reliquidación de la asignación de retiro con base al IPC, o si por el contrario dichos actos gozan de legalidad. Se tuvieron como pruebas las obrantes en el plenario y se decretó una prueba solicitada por la parte demandante.

Finalmente, mediante auto de fecha siete (7) de febrero de 2020, una vez allegada la prueba decretada se ordenó declarar terminada la etapa probatoria y se corrió traslado de alegatos de conclusión por escrito, oportunidad aprovechada por la parte demandante.

#### **Alegatos de conclusión.-**

**Parte demandante.-** (fs. 150 a 154). La parte demandante reiteró lo señalado en el escrito de la demanda e insistió en que tiene derecho a que se le reajuste su asignación básica conforme a la variación del índice de precios al consumidor por resultar más favorable que el incremento efectuado por el Gobierno Nacional, por lo que a la luz del artículo 53 de la Constitución, en materia laboral rige el principio de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos a favor de los trabajadores que se deben acoger a las normas más favorables.

### **III. CONSIDERACIONES**

**Competencia.** Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en primera instancia, de acuerdo a lo regulado por el artículo 152 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si al demandante le asiste derecho en solicitar la nulidad los actos administrativos que negaron el reajuste del salario con la inclusión del índice de precios al consumidor a partir del año 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 así como el reajuste de la asignación de retiro, o si por el contrario los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se negarán las pretensiones de la demanda, por cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, expedidos por la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, al encontrarse que el actor se encontraba en servicio activo para los años en que pretende se le reajuste el salario conforme al índice de precios al consumidor de acuerdo con los argumentos de orden legal y jurisprudencial que pasan a exponerse.

**Marco jurídico.** La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución que en derecho corresponda respecto del caso concreto.

Sea lo primero advertir que la Constitución Política de 1991, en sus artículos 150 y 189, establece:

*«ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

[...]

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*

[...]

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;»*

[...]

*ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

[...]

*11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».*

Ahora bien, en desarrollo de la normativa constitucional antes transcrita, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, que fijó el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, de igual manera la norma consagró que las asignaciones de los servidores en mención debían ser objeto de las variaciones o modificaciones que se introduzcan en las asignaciones para cada grado en actividad en aplicación del principio de oscilación, tal disposición indicó lo siguiente:

*«Artículo 1. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) **Los miembros de la Fuerza Pública**” (destaca la Sala).*

*«Artículo 4. Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2o. **el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero**<sup>2</sup> de cada año, **modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.***  
*(...)» (negrilla de la Sala).*

*«Artículo 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º».*

Así las cosas, se expidió el Decreto 107 de 1996, mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, oficiales suboficiales y agentes de la Policía Nacional, del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y de los Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y estableció la escala gradual porcentual de los miembros de la fuerza pública, así:

*«ARTICULO 1º. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.*

---

<sup>2</sup> Frase tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-710 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General

#### OFICIALES

GENERAL	100.00%
MAYOR GENERAL	90.00%
BRIGADIER	80.00%
GENERAL	
CORONEL	60.00%
TENIENTE	44.30%
CORONEL	
MAYOR	38.60%
CAPITAN	30.50%
TENIENTE	26.70%
SUBTENIENTE	23.70%

#### SUBOFICIALES

SARGENTO MAYOR	26.40%
SARGENTO	22.60%
PRIMERO	
SARGENTO	19.50%
VICEPRIMERO	
SARGENTO	17.90%
SEGUNDO	
CABO PRIMERO	16.40%
CABO SEGUNDO	15.40%

#### NIVEL EJECUTIVO

<b>COMISARIO</b>	<b>45.50%</b>
SUBCOMISARIO	38.30%
INTENDENTE	33.90%
SUBINTENDENTE	26.40%
PATRULLERO	20.30%

#### AGENTES DE LOS CUERPOS PROFESIONALES Y PROFESIONAL ESPECIAL DE LA POLICIA

Con antigüedad inferior a 5 años de servicio 11.95%  
Con antigüedad de 5 años y hasta menos de 10: 14.55%  
Con antigüedad de 10 o más años de servicio 14.90%

**PARAGRAFO 1.** Las asignaciones básicas calculadas en los porcentajes anteriores se aproximarán a la decena superior.

**PARAGRAFO 2.** Los tenientes primeros de la Armada Nacional tendrán el mismo sueldo básico fijado para los Tenientes de Fragata».

De manera posterior a la expedición del decreto indicado en líneas precedentes el Gobierno Nacional fijó anualmente el reajuste de los salarios para el personal de oficiales y suboficiales

de las fuerzas militares<sup>3</sup>, a través de porcentajes que son definidos para cada grado respecto de la asignación básica de un general, que a su vez constituyen el referente para reajustar las asignaciones de retiro que se reconocen a tales servidores en virtud del principio de oscilación.

Por otra parte, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, «*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*», preceptuó que las pensiones debían ser reajustadas «*...de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior*», con el propósito de que mantuvieran su poder adquisitivo constante.

Ahora, el artículo 279 de la precitada normativa previó que el sistema de seguridad social allí referenciado no se aplicaría a los miembros de la fuerza pública, así indica la norma:

**«ARTICULO. 279 Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.**

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

*Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.*

*Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.*

[...]» (resalta la Sala).

Sin embargo, el Congreso de la República expidió la Ley 238 de 1995, por medio de la cual adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, así:

<sup>3</sup> Decretos 133 de 1995, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012 y 1017 de 2013.

«ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados».*

Resulta pertinente indicar que con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004<sup>4</sup>, expedido por el Gobierno Nacional con el fin de establecer el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las Fuerza Pública, se restableció el principio de oscilación como método de reajuste de las asignaciones de retiro, de manera tal que a partir del 1° de enero de 2005, el incremento debe efectuarse conforme al incremento del personal en actividad.

A tono con lo expuesto, se infiere que el aumento de los sueldos del personal uniformado de las fuerzas militares se fija anualmente por el Gobierno Nacional a través de decreto, mientras que el incremento de las asignaciones de retiro que se reconoce a tales servidores se efectúa conforme al principio de oscilación que, en todo caso, no puede ser inferior al índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el año inmediatamente anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 (parágrafo 4°) de la Ley 100 de 1993.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme a los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Derecho de petición radicado por el demandante el 7 de abril de 2016, con el cual solicitó de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, el reajuste de la asignación conforme al índice de precios al consumidor para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en adelante (fs. 11 a 14).

b) Oficio N° 20183170907591: MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 17 de mayo de 2018, proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación del salario incluyendo el índice de precios al consumidor (fl. 10).

---

<sup>4</sup> Entrada en vigencia 1° de enero de 2005.

c) Resolución 3215 de 2 de mayo de 2016, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por la cual se retira del servicio activo al demandante Andrés Felipe López Sepúlveda a partir del 15 de junio de 2016 (fs. 15 a 17).

d) Resolución 6237 de 6 de septiembre de 2016, emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se incluye la prima de vuelo dentro de la asignación de retiro al señor Andrés Felipe López Sepúlveda (fs. 18 y 19).

e) Certificado expedido por el profesional de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), donde se indica que la última unidad donde prestó servicio el actor fue el comando de división de aviación asalto aéreo del Ejército Nacional de Bogotá D.C. (f. 22).

f) Cédula de ciudadanía del señor Andrés Felipe López Sepúlveda que da cuenta que nació el 1 de octubre de 1975 (fl. 23).

g) Oficio 2019317002510821: MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 27 de diciembre de 2019, proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante el cual se certifica los porcentajes de incremento realizados al actor durante los años 1999 al 2016 fecha de retiro (f. 144 y 149).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad del Oficio Nro. 20183170907591: MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 17 de mayo de 2018 proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante la cual se negó la reliquidación y reajuste de los salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales, con base en el índice de precios al consumidor y acto administrativo ficto o presunto, por medio del cual el Ejército Nacional no resolvió la petición frente a la reliquidación de la asignación de retiro con base al índice de precios al consumidor.

Observa la Sala que en el presente asunto se solicita el reajuste de los salarios percibidos del actor mientras estuvo en servicio activo durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, en atención a lo

dispuesto en el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, es oportuno reiterar que el legislador a través de la aludida Ley 238 de 1995 extendió el reajuste del IPC contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a las **asignaciones de retiro** reconocidas a los miembros de las fuerzas militares con el fin de que estas mantuvieran su poder adquisitivo constante, mientras que según lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, **los sueldos del personal activo** debían incrementarse de conformidad con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

En ese orden de ideas, como el accionante para los años 1999 a 2004 ostentaba la calidad de miembro activo del Ejército Nacional, el ajuste salarial para esas anualidades debía efectuarse conforme a las cifras porcentuales contempladas en los Decretos 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el Congreso de la República mediante la Ley 4ª de 1992.

Así las cosas, en el *sub examine* no es posible dar aplicación a la preceptiva contenida en el artículo 279 (parágrafo 4º) de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que tal disposición tiene como destinatarios a los miembros retirados de las fuerzas militares a quienes se les hubiere reconocido asignación de retiro y, en el presente asunto, el actor no tenía tal condición para los años respecto de los cuales deprecia el incremento con base en el índice de precios al consumidor.

Se infiere entonces que como el reajuste previsto en la citada Ley 238 de 1995 se refiere a las asignaciones de retiro del personal que prestó sus servicios a las fuerzas militares y no a los sueldos devengados por dichos empleados en actividad, se arriba a la conclusión de que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, razón por la cual se negarán las súplicas de la demanda.

Respecto a la asignación de retiro, a los periodos en que se aplica el reajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor, se tiene que este opera a partir de la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se retoma el principio de oscilación de las asignaciones de los Oficiales y Suboficiales, dejando sin aplicación las

normas que regulan ajustes distintos al mencionado principio, por lo que no es viable jurídicamente reconocer el reajuste para los años anteriores a 1997 y posteriores al 2004; como en este caso al demandante se le reconoció asignación de retiro a partir del año 2016, no le asiste derecho a reclamar el reajuste salarial deprecado.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se negarán las pretensiones de la demanda.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>5</sup>, así:

*«[...]»*

*Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...].».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables

Por último, se dispondrá por Secretaría de la Subsección, devolver a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias, de conformidad con la Circular No. 2 de 12 de marzo de 2019 proferida por la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero.- Negar** las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Andrés Felipe López Sepúlveda contra la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo expuesto en la motiva.

**Segundo.-** Sin condena en costas, de acuerdo con la considerativa.

**Tercero.-** Por Secretaría de la Subsección, **devolver** a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

**Cuarto.-** Ejecutoriada esta decisión **archivar** las diligencias, previas las anotaciones que fueren menester.

**Quinto.-** Previó al archivo de las diligencias, **dar** cumplimiento a la Circular N° 2 de 12 de marzo de 2019 proferida por la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación, que ordena liquidar los gastos del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-012-2015-00333-01  
Demandante : **Miguel Ángel Cadena González**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fidupervisora S.A. – Secretaría de Educación Distrital  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Sanción mora  
Actuación : Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso.

### ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la apoderada de la parte demandante, contra el auto de 7 de marzo de 2019 proferido en audiencia inicial por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá (fs. 252 a 255), mediante el cual se declaró probada la excepción de «*inepta demanda*», y en consecuencia dio por terminado el proceso.

### ANTECEDENTES PROCESALES

El 27 de marzo de 2015, el señor Miguel Ángel Cadena González presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declarara la existencia y posterior nulidad del acto ficto producto de la petición del 10 de mayo de 2013, con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Por medio del auto del 30 de julio de 2015, el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá declaró la carencia de jurisdicción para conocer de la presente demanda y ordenó remitir el expediente a los juzgados laborales del circuito de Bogotá a fin de que se realice el respectivo reparto.

De acuerdo a lo anterior, el proceso le correspondió por reparto al Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante providencia del 17 de septiembre de 2015 decidió inadmitir la demanda. Decisión que fue objeto del recurso de reposición por parte de la parte demandante.

El recurso antes mencionado, fue resuelto de manera favorable a través del auto del 9 de noviembre de 2015, y se ordenó adecuar el escrito de demanda, a un proceso ejecutivo. Orden que fue cumplida mediante memorial del 18 de noviembre de la misma anualidad.

Posteriormente, con auto del 1° de febrero de 2017 el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá negó el mandamiento de pago y ordenó el archivo del proceso.

Luego, el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá dando cumplimiento a una providencia del Consejo de Estado de fecha 29 de junio de 2017, que le ordenó asumir el conocimiento del proceso promovido por el señor Miguel Ángel Cadena; radicó memorial en el Juzgado Quinto (5°) Laboral el 9 de agosto de 2017, con el que solicitó la entrega del expediente de la referencia.

Con auto del 15 de septiembre de 2017, el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá reingresa el proceso al juzgado y admite la demanda, ordenando notificar personalmente a la ministra de educación nacional, al director de la Fiduprevisora S.A., al agente del Ministerio Público y al representante legal de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El 7 de marzo de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial, mediante la cual el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, declaró probada de oficio la excepción de

inepta demanda y declaró terminado el proceso. Lo anterior, fundado en que los Oficios S-2013-85030 del 26 de junio de 2013 y 2013EE00076881 del 22 de agosto de 2013, proferido por la Secretaría de Educación Distrital y la Fiduprevisora S.A., respectivamente, decidieron de fondo la situación concreta del accionante respecto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria y al no ser demandado en el asunto, el juzgado se encuentra impedido para estudiar la legalidad del acto ficto acusado.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la referida decisión, la apoderada del señor Miguel Ángel Cadena González, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, argumentando que sobre el escrito de la demanda se dan unas pretensiones que atacan el acto ficto, comoquiera que se vulnera el derecho de petición del actor, toda vez que la Secretaría de Educación Distrital únicamente se limitó a remitirle la petición a la Fiduprevisora S.A., entidad que solo administra los recursos del Fomag.

Sostuvo que el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha decantado que los oficios expedidos por las entidades antes relacionadas no dan una respuesta de fondo y es por ello que se convierte una ficción legal que resuelve negativamente la petición del actor, la cual se está demandando en el presente proceso.

## V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>1</sup>, se concedió en la mencionada audiencia de 7 de marzo de 2019 (fs. 252 a 255).

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

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

(...)

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

## VI. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 180 (numeral 6°) de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto dictado en audiencia inicial de 7 de marzo de 2019, por medio del cual el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá dio por terminado el proceso al declarar que prosperaba la excepción de inepta demanda por no demandar el acto administrativo que le definió la situación jurídica al actor.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón jurídica al juez de primera instancia al declarar probada la excepción de inepta demanda o si por el contrario, como lo afirma la parte recurrente existe un acto ficto por cuanto la competente para dar respuesta a la petición del actor guardó silencio.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará el auto que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo a las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Marco jurídico.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De las cesantías parciales o definitivas**

El máximo órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>, ha precisado que las cesantías a pesar de ser reconocidas en periodos determinados, no han sido consideradas como prestación periódica, así:

---

<sup>2</sup> «Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

6. **Decisión de 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 auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso».*

<sup>3</sup> H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de veintidós (22) de abril de 2010. Expediente No 41001-23-31-000-2003-00875-01(1537-08).

*«[...] la Sala encuentra necesario precisar en primer término que tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que determina que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse...».*

La anterior posición fue reiterada recientemente por la misma Corporación<sup>4</sup>, en la que se indicó lo siguiente:

*«[...] El auxilio de cesantías no es una prestación social periódica el alto tribunal ha señalado que el auxilio de cesantía no es una prestación social periódica. No obstante, su liquidación anual, sino unitaria, que se materializa o consolida cuando finaliza la relación laboral, es decir, la cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente es una prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto [...].».*

Ahora bien, en cuanto a los trámites para la solicitud de cesantías se tiene, que la Ley 962 de 8 de julio de 2005 «*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios*», precisó que los actos administrativos a través de los cuales se reconozcan las prestaciones sociales que se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben ser elaborados por el secretario de educación de la entidad territorial respectiva, así lo expresa:

**«Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio.** *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial».*

<sup>4</sup> H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Sentencia de treinta (30) de noviembre de 2017. Expediente No 25000-23-42-000-2012-00921-01 (2438-2014).

A su turno, el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005 «*Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones*», en lo que respecta al trámite para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó:

**«Artículo 2°. Radicación de solicitudes.** *Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite».*

Así mismo, esta disposición establece:

**«Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación.** *De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:*

[...]

**3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.**

**4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.**

[...] (resalta la Sala).

*«Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

*Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación».*

En ese orden de ideas, en tratándose del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe tener en cuenta:

1. La Secretaría de Educación del ente territorial al que pertenezca el docente debe elaborar el acto administrativo respectivo.
2. El proyecto del acto administrativo elaborado por la aludida secretaría, deberá ser aprobado por la fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación, que en el presente asunto se trata de la Fiduciaria La Previsora S.A, como sociedad anónima de economía mixta<sup>5</sup>,
3. La Fiduciaria La Previsora, cuenta con 15 días para impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

**Caso concreto.-** Para desatar el problema jurídico, la Sala procederá a estudiar si los Oficios S-2013-85030 del 26 de junio de 2013 y 2013EE00076881 del 22 de agosto de 2013, proferidos por la Secretaría de Educación Distrital y la Fiduprevisora S.A., respectivamente, eran los actos definitivos que debían demandarse en este caso, o si lo era el acto ficto que fue demandado.

---

<sup>5</sup> «Art. 464 del Código del Comercio.- Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%.) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva».

Revisado el expediente se advierte que i) mediante la Resolución N° 5009 del 17 de agosto de 2012, la Secretaria de Educación del Distrito Dirección de Talento Humano reconoció al docente Cadena González la suma de \$ 7.787.908 por concepto de liquidación parcial de cesantías; ii) el 18 de octubre de 2012, se canceló la anterior suma de dinero por medio del banco BBVA; iii) el 10 de mayo de 2013 el señor Miguel Ángel Cadena González petitionó ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

En el presente asunto la parte actora pretende que se declare la existencia y nulidad del acto ficto que a su juicio se configuró por la falta de respuesta de la petición de reconocimiento y pago de la sanción mora, radicada ante la accionada el 10 de mayo de 2013.

Sobre el particular el juez de primera instancia resolvió declarar la ineptitud de la demanda y dar por terminado el proceso, al considerar que la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaria de Educación Distrital y la Fiduprevisora S.A., contestaron de manera desfavorable el derecho de petición incoado por el actor. Como soporte de dicha decisión asentó que en las presuntas respuestas a la petición se i) remitió por parte de la Secretaría de Educación Distrital a la entidad competente para atender la solicitud y ii) adujo que la solicitud de intereses por mora no es una prestación social prevista en diferentes disposiciones normativas y que por ende no era dable expedir acto administrativo alguno de reconocimiento.

En ese orden, la Sala después de estudiar los memoriales obrantes a folios 8 y 9 del plenario, concluye que en dichos escritos se conceptuó sobre las funciones a cargo de la Secretaria de Educación de Bogotá y las competencias a ella asignada, y además se remitió la petición a la entidad encargada de resolver la solicitud, esto es, a la Fiduprevisora S.A..

Por su parte, esta última entidad, resolvió de fondo la petición realizada por el señor Miguel Ángel Cadena González, esto es negando su derecho al pago de los intereses por mora.

En esas condiciones, es claro que la parte demandante incurrió en un defecto procesal que impide el pronunciamiento de fondo, como quiera que acusó de nulidad un acto ficto que no existe jurídicamente y, que por tanto no puede ser anulado por esta jurisdicción para generar

el restablecimiento del derecho pretendido. Por el contrario, conforme al acervo probatorio relacionado, es claro que existió un acto expreso que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a la situación jurídica del señor Cadena González, el cual bien pudo demandar para el análisis de su legalidad (Oficio 2013EE00076881 del 22 de agosto de 2013).

Sin embargo, como la parte demandante no lo hizo, no podría continuarse con el proceso, pues en ninguna forma es posible adecuar el trámite para estudiar la legalidad de un acto inexistente, en tanto no nació a la vida jurídica el acto ficto acusado, o para incluir actos no atacados, no solo porque era carga de la parte demandante indicar con claridad aquellos frente a los cuales pretende la nulidad, al tenor de lo previsto en el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, sino porque ello vulneraría el derecho de defensa de la entidad demandada.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón al *a quo* en la decisión proferida el 7 de marzo de 2019, por lo que se confirmará la providencia recurrida.

En consecuencia, se

#### **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** el auto de 7 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró probada la excepción de inepta demanda, y dio por terminado el proceso, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-008-2017-00121-01  
Demandante : **Diana Soraya Herrera Casas**  
Demandado : Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Contrato realidad

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 157 a 158 vto) contra la sentencia del 22 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negó las súplicas de la demanda de la referencia (fs. 145 a 153 vto).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 70 a 76). La señora Diana Soraya Herrera Casas, a través de apoderado judicial, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio S-2017-001129-0101 del 2 de febrero de 2017, proferido por la secretaria general del ICBF, a través del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y en consecuencia las prestaciones que se derivan de esta (fs. 64 a 67 vto).

Que como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a **(i)** declarar la existencia de la relación laboral con el ICBF, por el tiempo comprendido entre el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2014; **(ii)** reconocer y pagar los valores de las acreencias salariales y prestaciones sociales dejadas de pagar en todo el tiempo laborado con la entidad; **(iii)** dar cumplimiento a la

sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; y **(iv)** pagar los intereses comerciales, bancarios, moratorios y legales aplicables a las sumas que resulten de la liquidación de las prestaciones sociales.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante como soporte del presente medio de control señaló que:

El 31 de octubre de 2011 fue vinculada mediante Orden de Prestación de Servicios ICBF.AM 001-2011 1677 al ICBF, por un periodo de tiempo de dos meses, comprendidos entre el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2011.

El 12 de enero de 2012 continuó vinculada al ICBF mediante Contrato 234 de 2012, por el periodo de un año desde el 13 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012.

Fue vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) el 4 de enero de 2013, a través del Contrato 630 de 2013, por el periodo de un año, esto, desde el 8 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013.

El 22 de enero de 2014 fue vinculada al ICBF por medio de Contrato 797 de 2014, por el periodo de tiempo de un año, comprendido entre el 22 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014.

Cumplía el horario laboral en las mismas condiciones de quienes eran de planta, de lo contrario sería sancionada, tal como se puede observar con los correos electrónicos que le enviaban sus superiores.

El objeto de los contratos se dirigía a una sola temática, coligiéndose que para su ejecución no era indispensable acudir a la figura de prestación de servicios, ya que un funcionario de planta lo podría desarrollar.

Presentó derecho de petición ante el ICBF el 12 de diciembre de 2016, solicitando se declare la existencia de la relación laboral y se reconozcan y paguen las prestaciones sociales que se causaron durante el tiempo de servicio prestado.

La anterior petición fue resuelta de manera negativa a través del Oficio S-2017-001129-0101 del 2 de enero de 2017.

Agotó el requisito de procedibilidad para acudir a esta vía judicial con audiencia de conciliación celebrada el 8 de febrero de 2017, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 2, 5, 13, 25, 29, 53 y 125 de la Constitución Política; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015.

Manifestó que no existe duda alguna que se trató de una relación laboral, toda vez que su vinculación se trató de un mecanismo de contratación que lo único que buscó fue disfrazar una verdadera relación laboral en aras de evitar el pago de las prestaciones sociales que por ley le corresponden a los trabajadores.

Expresó que existió una constante subordinación, lo cual se puede evidenciar con las reiteradas comunicaciones de parte de la entidad demandada mediante correos electrónicos, en los cuales se exige constantemente el cumplimiento de un horario laboral, así como el cumplimiento de labores para gozar de vacaciones, entre otras.

Indicó que no es posible que permanentemente se esté contratando por prestación de servicios a un contratista para el desarrollo de una labor en cuestión, cuando lo lógico es que la demandada disponga de los medios para contratar de planta un funcionario que le permita desarrollar dichas labores.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 92 a 105) **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)**, contestó la demanda indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que el oficio que aquí se demanda se ajusta al ordenamiento jurídico y constitucional.

Dijo que la accionante se vinculó mediante contratos de prestación de servicios con el ICBF

de manera voluntaria, aceptando las condiciones allí establecidas y con el pleno conocimiento de que tal vinculación no genera vínculo laboral, motivo por el cual el ICBF no puede reconocer derechos salariales y prestacionales propios de una relación laboral, cuando la vinculación de la parte actora fue mediante contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Concluyó que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos, pero especialmente, que el contratista desempeñó la función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servicio público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó «ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes», «inexistencia de un contrato laboral entre la demandante y el ICBF», «inexistencia de elementos del contrato de trabajo entre el ICBF y la demandante», «falta de legitimación en la causa por activa», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «autorización legal para contratar por modalidad de prestación de servicios», «cobro de lo no debido», «temeridad y mala fe», y «prescripción».

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Octavo (8°) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada el 22 de noviembre de 2018 (fs. 145 a 153 vto), negó las pretensiones de la demanda, al colegir que la accionante no demostró que los contratos de prestación de servicios suscritos entre ella y el ICBF, entre el 13 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, hayan contenido el elemento de subordinación, la cual aseguró debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo de la labor contratada.

Indicó que la relación contractual entre las partes fue por un término aproximado de tres (3) años, lo que le permitió establecer que la actividad ejecutada por la demandante tuvo un carácter transitorio, que la misma no hacía parte de la función permanente que realiza el ICBF a través de su personal de planta, y por ende pudo realizarse con personal contratado a través de la figura de prestación de servicios.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandante.-** (fs. 157 a 158 vto) Interpuso recurso de apelación en el cual argumentó que con el material probatorio obrante dentro del expediente se puede deducir que la entidad ejerció control sobre sus actuaciones tendientes al cumplimiento del objeto del contrato.

Estimó que cuando se indicó por parte del *a quo* que las obligaciones de la contratista no tienen relación ni similitud con las funciones de los empleados de planta.

Reiteró los argumentos de la demanda al colegir que permaneció vinculada al ICBF por casi tres (3) años con la entidad demandada, desempeñando funciones propias de la entidad de manera permanente, bajo subordinación, de manera personal y percibiendo un pago por ello, situación que da lugar a declarar la relación laboral entre las partes.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 4 de febrero de 2019 (f. 160) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 15 de marzo de 2019 (f. 165), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 6 de mayo de 2019 (f. 167), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por ambas partes.

**Parte demandante.-** (fs. 169 a 171) Reiteró lo dispuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

**Parte demandada.-** (fs. 172 a 173 vto) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problemas jurídicos.-** Se contrae a determinar: i) si entre la señora Diana Soraya Herrera Casas y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), existió un vínculo laboral (contrato realidad) durante el periodo que laboró con dicho ente; y si ii) como consecuencia del mencionado vínculo, le asiste derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales y factores a que tenía derecho, durante el periodo en que al parecer duró la vinculación.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que se demostró la existencia de los elementos de la relación laboral únicamente entre el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación, de conformidad con las consideraciones que se pasan a exponer.

Ahora procederemos a desatar el problema jurídico planteado, por lo que se entrará a estudiar los siguientes temas, así: **i)** marco normativo, diferencia entre contrato realidad y contrato de prestación de servicios; **ii)** elementos que configuran el contrato realidad (subordinación, prestación personal del servicio y contraprestación) **iii)** prestaciones sociales derivadas del contrato realidad; **iv)** prescripción; **v)** acervo probatorio; **vi)** caso concreto; **vii)** excepciones; **viii)** conclusiones de la Sala; y **ix)** condena en costas.

**i) Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad.-** La Corte Constitucional declaró exequible el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que estableció la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, después de hacer un análisis al respecto, definió las características del contrato de prestación de servicios y estableció las diferencias con el contrato de trabajo, donde concluyó

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**que el contrato de prestación de servicios es ajustado a la Constitución, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente.**

Esa misma corte en Sentencia C- T-2311653 de 12 de noviembre de 2010, con ponencia del doctor Juan Carlos Henao Pérez, estudió las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

«[...]

*Para la solución del presente proceso se debe esclarecer la naturaleza del contrato de prestación de servicios y cuáles son sus características definitorias.*

*De esta manera se puede diferenciar su naturaleza de la del contrato laboral.*

*En la sentencia **C-154 de 1997** se indicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y por último, esos contratos son temporales:*

*a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

***b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.***

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, **excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.***

***c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.** En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política [...].» (sic) (Resalta la Sala).*

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, **evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista**, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de

trabajo, artículo 53 de la Constitución Política, de igual manera se resaltó que este tipo de vinculación procede cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta, y además que la vigencia del contrato debe ser temporal.

En similar sentido se pronunció el máximo órgano de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otras, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016<sup>2</sup>, en la que señaló que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual **se vincula excepcionalmente** a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

**ii) Elementos que configuran el contrato realidad.-** El Consejo de Estado, ha reiterado en varias ocasiones<sup>3</sup> que para que se configure un contrato de trabajo, se deben acreditar los tres elementos propios de una relación laboral de trabajo, los cuales son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y (iii) la remuneración.

Cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, deben reconocerse a título de restablecimiento del derecho.

Ahora bien, nos enfocaremos en dar un leve concepto de cada uno de los elementos exigidos para que se configure una relación de trabajo, los cuales son: a). **Prestación personal del servicio**, este elemento es relevante para demostrar la permanencia que se necesita en la entidad de la labor, que la hace inherente, además demuestra la «[...] *equidad*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado N° Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (CÓRDOBA)

<sup>3</sup> Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 1° de marzo y 26 de julio de 2018, radicados Nos. 68001-23-31-000-2010-00799-01 y 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Consejero Ponente: César Palomino Cortés; 1° de marzo de 2018, radicado N° 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; 1° de marzo de 2018, radicado N° 76001233300020130040901 (0349-16), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas; 20 de septiembre de 2018, radicado N° 66001233300020160026201 (20462017), Consejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra Vélez.

o similitud, que el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios [...] para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral [...]»<sup>4</sup>; b). **La subordinación**, sujeción a la orden, mando o dominio de alguien<sup>5</sup>, es la situación en la que se exige al servidor público el cumplimiento de unas órdenes en cuanto a la forma y manera de realizar el trabajo, bajo una coordinación y parámetros establecidos, durante el tiempo que dure el vínculo; y c). **Remuneración**, contraprestación pecuniaria que se obtiene por la prestación de un servicio.

Es indispensable, que se cumplan los 3 elementos mencionados, para que se configure el contrato realidad, así lo ha determinado la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, donde se ha indicado que:

*«Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

[...]

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

[...]

*En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.*

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de*

<sup>4</sup> Posición que adoptó el Consejo de Estado, ver entre otras, Sentencia de 8 de marzo de 2018, radicado N° 76001-23-33-000-2013-00409-01, Magistrado Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

<sup>5</sup> Concepto dado por el diccionario de la lengua española.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sentencia de 1° de marzo de 2018, 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; posición que ha sido respaldada por la Corte Constitucional, en sentencia de 2 de septiembre de 2009, expediente C-614, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión? elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine [...]».*

Se comprueba de este modo que el contrato realidad se configura solamente si se logra demostrar que dentro de ese acuerdo contractual, se constituyen los elementos que genera un verdadero vínculo laboral, solo que la administración en su afán de disfrazar el verdadero vínculo laboral, le da otra connotación.

Es de resaltar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado en varias oportunidades el Consejo de Estado<sup>7</sup>, dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado.

**iii) De las prestaciones sociales.-** Sobre este punto, es importante indicar que la consecuencia de reconocer la existencia del contrato realidad, es el reconocimiento de unas prestaciones dejadas de percibir, las cuales se deben reconocer como si el cargo hubiese sido de planta, o equipararlas al valor de las órdenes de servicio que se acordaron, no obstante, sobre el tema la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido dos modalidades para reconocerlas:

La primera a título de indemnización reparatoria, posición que indica que la liquidación de la condena se debe hacer a título de reparación integral del daño, que consiste en el pago de las prestaciones sociales con base en los honorarios pactados en el contrato, o al cargo de planta equivalente y la indemnización de los perjuicios causados.

Y en segundo lugar, se aduce que el reconocimiento de las prestaciones sociales, el cómputo de tiempo servicio para efectos pensionales y el pago de las respectivas cotizaciones se otorgan a título de restablecimiento del derecho.

---

<sup>7</sup> Ver entre otras, sentencia de veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) radicado N° 11001-33-31-021-2007-00729-02; dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) expediente N° 25000 23 25 000 2006 08204 01 (1452-2013) «[...] Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior».

Es de resaltar, que aunque está Sala fue de la postura de reconocer las prestaciones sociales a título de indemnización, esta posición se cambiará toda vez que el tema fue unificado por el Consejo de Estado en providencia de 25 de agosto de 2016, indicando que al momento de existir la condena de las prestaciones, éstas se deben dar como restablecimiento del derecho.

Ahora bien, para determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de restablecimiento del derecho al declararse una relación de carácter laboral, la misma Corporación indicó<sup>8</sup>:

*«En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.*

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

*«Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos: En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización».*

Por lo expuesto, es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, el restablecimiento del derecho no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino por la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 10 de julio de 2014, radicado N°. 2004-00391-01 (0151-13), magistrado ponente Gerardo Arenas Monsalve.

cuales cotizaba el contratista.

**iv) Prescripción.-** La prescripción, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

Esta materia está regulada por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968<sup>9</sup> y el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969<sup>10</sup>.

Teniendo en cuenta la normativa citada, es preciso indicar que los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres (3) años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles. El simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Sin embargo, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado, cuya ejecución presente interrupciones, deberá acogerse lo dispuesto en sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado<sup>11</sup>, en la que se indicó que: «[...] *en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio*».

Adicionalmente, se tiene que dicha providencia fue aclarada por el consejero William Hernández Gómez, en el sentido de precisar el término que se debe tener en cuenta para declarar la pérdida de la solución de continuidad, así:

---

<sup>9</sup> «[...] Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual [...]».

<sup>10</sup> «[...] 1°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2°. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual [...]».

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado N°. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

*«El término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala 15 días».*

Así las cosas, se tiene que para determinar si hubo o no pérdida de continuidad en la relación laboral, las interrupciones entre contrato y contrato no deben superar los 15 días hábiles.

Por lo anterior, se indica que si bien es cierto la Sala venía adoptando la postura de contabilizar 30 días para declarar la solución de continuidad de la relación laboral, se debe hacer un cambio de postura acogiendo lo dispuesto por el honorable Consejo de Estado, en el sentido de establecer la pérdida de continuidad cuando la interrupción supere los 15 días.

Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Sobre el tema de la prescripción, en la pluricitada sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>12</sup>, el Consejo de Estado se pronunció así:

«[...]»

*Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

**3.5 Síntesis de la Sala.** [...] respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.**

ii) **Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.**

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

[...]

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

[...]». (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De la jurisprudencia transcrita se tiene que la prescripción recae sobre el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial el cual en este caso, se da en las prestaciones sociales reconocidas como consecuencia de un vínculo laboral, más no se aplica a los derechos pensionales por tener la calidad de prestación periódica, como tampoco a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes.

Aunado a lo anterior, es preciso resaltar que el tiempo laborado, **siempre** debe ser tenido en cuenta para el cómputo pensional, de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, cuando precisó que aunque haya prescripción en las prestaciones sociales que se pretenden se reconozcan a título de restablecimiento del derecho en un proceso de existencia de contrato realidad; ésta figura no se aplica para el tiempo que se debe tener en cuenta para efectos pensionales, ni para la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes.

**v) Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, se procede a enlistar las pruebas documentales que guardan relación directa con el proceso, así:

a) Cédula de ciudadanía de la señora Diana Soraya Herrera Casas, en la que se observa que nació el 3 de junio de 1974 (f. 2).

b) Contratos de prestación de servicios, en los que se indica que el objeto del contrato era que la demandante se comprometía para con el ICBF a «*prestar sus servicios profesionales para el acompañamiento del proceso de implementación y seguimiento del marco pedagógico del sistema de responsabilidad penal para adolescentes mediante la gestión del cumplimiento de las acciones con las entidades responsables*» y se le indicó que no podía designar a ninguna persona para que la reemplazara en el ejercicio de las labores asignadas, las cuales se realizarían bajo las condiciones que determinara el contratante, de acuerdo con sus necesidades y programación establecida y que los mismos fueron celebrados entre la señora Diana Soraya Herrera Casas y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entre el 1° de noviembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2014, con algunas interrupciones, por lo que se entrará a revisar cada contrato, en su fecha de iniciación y finalización, para establecer si en alguno se excedió los 15 días, perdiendo continuidad; para tener claridad al respecto se enunciarán en el siguiente cuadro las órdenes de prestación de servicios, así: (fs. 3 a 37).

<b>Contratos</b>	<b>Fecha de inicio</b>	<b>Fecha terminación</b>
<b>1677 de 2011</b>	<b>01-nov-11</b>	<b>31-dic-11</b>
<b>234 de 2012 con prórroga</b>	<b>13-ene-12</b>	<b>31-dic-12</b>
<b>630 de 2013</b>	<b>08-ene-13</b>	<b>31-dic-13</b>
797 de 2014	22-ene-14	31-dic-14

Se evidencia en el cuadro que se trajo como ilustración para estudiar contrato por contrato, que existió interrupción entre los contratos 630 de 2013 y 797 de 2014, de 21 días.

c) Correo electrónico enviado el 4 de febrero de 2012, por el director de protección del ICBF a algunos colaboradores entre los que se encuentra la señora Diana Soraya, a través del cual se convocó a los empleados de las subdirecciones de la Dirección de Protección a una

actividad de integración, la cual indicó se llevaría a cabo el 8 de febrero de 2012 en el Auditorio Carlos Lleras en el horario de 1:30 a 5:30 pm, indicando su carácter obligatorio, por lo que se llevaría el registro de firmas (f. 39).

d) Correo electrónico enviado el 27 de febrero de 2012, por la directora de responsabilidad penal para adolescentes del ICBF a algunos colaboradores entre los que se encuentra la señora Diana Soraya, mediante el cual se les recuerda que el horario de trabajo inicia a las 8:00 am, disponiendo de una hora para almorzar (f. 40).

e) Correo electrónico enviado el 16 de agosto de 2013, por la subdirectora de responsabilidad penal del ICBF a algunos colaboradores entre los que se encuentra la accionante, por medio del cual se les pone de presente que el pago de honorarios del mes de agosto depende de la realización del examen pre-ocupacional (f. 41).

f) Correos electrónicos enviados los días 23 y 31 de diciembre de 2013, por la Dirección de Gestión Humana del ICBF a un grupo de colaboradores entre los que se encuentra la accionante, con el cual se indicó que la jornada laboral para los días 24 y 31 de diciembre de dicha anualidad sería hasta las 12:00 m, poniendo de presente que debe asegurarse la correcta prestación de los servicios al interior de la entidad (fs. 46 y 47).

g) Correo electrónico enviado el 6 de octubre de 2014, por la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del ICBF a algunos colaboradores entre los que se encuentra la señora Herrera Casas, con el cual se les solicitó el informe de quienes ya se habían realizado el examen de salud ocupacional y quienes se encuentran pendientes. Y la respectiva respuesta por parte de la accionante (fs. 48 a 55).

h) Derecho de petición radicado ante el ICBF el 12 de diciembre de 2016, con el cual solicitó se declare la existencia de un contrato realidad por el tiempo en el cual laboró para dicho ente y se reconozcan las prestaciones sociales a que tiene derecho como producto de su relación laboral (fs. 57 a 63).

i) Oficio S-2017-001129-0101 del 2 de enero de 2017, a través del cual la secretaria general del ICBF, negó el reconocimiento de prestaciones sociales, argumentando que el contrato de

prestación de servicios no genera ninguna relación laboral (fs. 64 a 67 vto).

j) Acta y constancia que da cuenta de la celebración de la audiencia extrajudicial de conciliación, llevada a cabo entre las partes de este proceso el 6 de abril de 2017 en la Procuraduría 194 para Asuntos Administrativos, declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio (fs. 68 y 69).

**vi) Caso concreto.-** La demandante pretende se declare la existencia de una relación laboral, que en su sentir, se generó con la prestación del servicio que realizó para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en la modalidad de órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta que se configuran los elementos que constituyen un vínculo laboral, y como consecuencia de ello se reconozcan y paguen las prestaciones que se derivan de la mencionada relación, por haberse desempeñado como acompañante del proceso de implementación y seguimiento del marco pedagógico del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

En ese orden de ideas, es necesario establecer si de las pruebas allegadas, se logra demostrar, la configuración de los 3 elementos que constituyen una vinculación laboral, por lo que se entrará a estudiar cada uno de ellos:

**a) Prestación personal del servicio.-** Del análisis del acervo probatorio se tiene que las funciones realizadas por la actora, se debían ejercer de manera permanente y personal, por la necesidad del servicio, debiendo cumplir un horario laboral dentro de las instalaciones de la accionada aproximadamente de 8:00 am a 5:30 pm, requiriéndose de la disponibilidad de tiempo para desarrollar además de sus labores diarias, las actividades adicionales programadas por sus superiores, pues por orden del ICBF prestaba sus servicios apoyando el proceso pedagógico del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, mediante la gestión del cumplimiento de las acciones con las entidades responsables, en donde debía, i) con base en el diagnóstico obtenido de los servicios que se prestan en las modalidades privativas y no privativas del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), apoyar la construcción y desarrollo del plan maestro para el mejoramiento de los mismos; ii) gestionar el cumplimiento de las acciones relacionadas con el Ministerio de Educación; iii) presentar propuestas pedagógicas para la prevención y tratamiento de problemáticas sociales,

relacionadas con la inserción del adolescente en la trama de relaciones socioculturales, de acuerdo con el marco desarrollado con el adolescente y su familia; iv) asesorar a las regionales y a sus equipos interdisciplinarios frente al deber ser de los servicios que se deben prestar en el SRPA; v) brindar asistencia técnica a los niveles regionales y zonal del ICBF así como a las entidades de orden territorial que formen parte del SRPA, de acuerdo a los lineamientos y requerimientos planteados y trabajados con el Ministerio de Educación; vi) participar en las mesas sectoriales e intersectoriales para el diseño de las políticas relacionadas con el SRPA; entre otras.

De la misma manera, cuando los directores del ICBF conminaban a la accionante, a los demás empleados y contratistas, a actividades adicionales a sus deberes laborales, debían firmar registro de asistencia, comoquiera que se le daba la connotación de obligatoria a la asistencia, hechos que fueron constatados con los correos electrónicos enviados a la accionante por parte de los directivos del ICBF<sup>13</sup>, los cuales fueron aportados por la señora Herrera Casas con la demanda.

Adicionalmente, se evidencia por la Sala que las funciones desarrolladas por la accionante tienen relación directa con el funcionamiento del ente para el cual prestaba sus servicios, pues se encargaba de prestar servicio de acompañamiento en el proceso de resocialización de los adolescentes que integran el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), los cuales se encuentran bajo custodia del ICBF.

De la respuesta que la entidad da a la petición de la demandante donde le negó la declaración de la relación laboral (Oficio S-2017-001129-0101 de 2 de enero de 2017), se destaca que aunque asegura que la relación contractual siempre estuvo bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, por la necesidad esporádica del servicio (pues esta es la naturaleza de ese tipo de contratos), se evidencia que la vinculación perduró aproximadamente por 3 años, evidenciándose así la necesidad de la continuidad del cargo, por lo que no hay lugar a afirmar que es esporádico.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se demuestra la necesidad del servicio de manera permanente, lo que permite concluir que la demandante no desarrolló funciones temporales,

---

<sup>13</sup> Fs. 38 a 55 del cuaderno principal.

pues estuvo vinculada, se repite, por aproximadamente 3 años en la entidad y ejercía las labores propias asignadas por esta, quedando desvirtuado el vínculo contractual, generándose un contrato realidad.

**b) Subordinación.-** Se destaca que la actora prestaba sus servicios bajo una subordinación constante, pues como se acreditó con las pruebas documentales allegadas con la demanda por la parte accionante, se recibían órdenes y llamados de atención por parte de los directivos del ICBF, así: i) el horario que debía cumplir para desarrollar sus labores en las instalaciones del ICBF; ii) si debía asistir a alguna actividad programada, se le indicaba que su asistencia era de carácter obligatorio; iii) su horario de llegada puntual era monitoreado por sus superiores. De la misma manera, en los contratos suscritos por las partes, se indicó a la accionante que no podía designar a ninguna persona para que la reemplazara en el ejercicio de sus labores.

En ese orden de ideas, en el *sub-lite* se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios frente a la vinculación dada entre el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013, toda vez que la demandante, en su condición de trabajadora del ICBF, cumplía funciones que no tienen el carácter de temporales, dado que **la vinculación se mantuvo por aproximadamente 3 años**; de igual forma se observa que no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido a horarios (de 8:00 am a 5:30 pm, aproximadamente, y cuando requerían de sus servicios en otras sedes del ICBF, tenía que trasladarse a los mismos. Así como también tenía la obligación de asistir a las reuniones programadas por sus superiores) y sus funciones estaban bajo la coordinación y órdenes de los miembros directivos y subdirectivos del ICBF (según se demuestra con las pruebas documentales aportadas, cosa que no desvirtuó la entidad), es decir, era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, **no** de un contrato de prestación de servicios.

No siendo así lo anterior, respecto de la vinculación dada entre el 22 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, por cuanto no obra prueba alguna de que hubiese prestación personal del servicio, ni subordinación durante este periodo.

**c) La remuneración.** - Por otro lado, aunque en el expediente no obra desprendible bancario de pago, si obra prueba de que algunas veces el pago de su labor se vio supeditada a la realización de exámenes ocupacionales. Igualmente, en cada orden de servicio se estipuló el valor a pagar por la función a desempeñar, lo que nunca controvertió alguna de las partes.

Dado que la actividad desarrollada por la contratista en el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013, implicó la subordinación y dependencia, que cumpliera un horario de trabajo, actividad que desempeñó de forma personal y que por este servicio ganaba un salario, es evidente, que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes.

En ese orden de ideas, se declarará la existencia de una relación laboral únicamente desde el 1° de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013, ya que en efecto, esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia que la contratación de la señora Diana Soraya Herrera Casas, se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en la entidad, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso demuestran que las funciones desempeñadas por la accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, pues duró vinculado por un periodo significativo, lo que constituye un indicio claro de que, bajo la figura de órdenes de prestación de servicios, se dio en realidad una relación de tipo laboral, **es así como al desvirtuarse el vínculo contractual es procedente la declaración del contrato realidad**, que si bien, no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones, en relación al tema económico.

**vii) De la prescripción.** - En el presente caso el último contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes sin que mediara interrupción alguna finalizó el **31 de diciembre de**

**2013**<sup>14</sup>, la solicitud realizada por la actora fue presentada el **12 de diciembre de 2016**<sup>15</sup>, y la demanda se presentó el **25 de abril de 2017**<sup>16</sup>, evidenciándose que entre estas fechas no transcurrieron más de 3 años, por lo que no se supera el término que da lugar a la prescripción trienal.

No obstante lo anterior, es importante precisar que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la cual ya se ha hecho referencia y que fue adoptada por esta Sala, en lo relacionado a la prescripción se debe tener en cuenta que el tiempo transcurrido entre un contrato y otro, no puede ser mayor a 15 días.

En el presente caso se evidencia que entre los Contratos 1677 de 2011 y el 630 de 2013, no transcurrieron más de 15 días, razón por la que se reconocerá el contrato realidad a partir del **1° de noviembre de 2011 en virtud del Contrato N° 1677 de 2011**.

De la misma manera, es importante precisar que los aportes pensionales se deben tener en cuenta desde el 1° de noviembre de 2011, fecha en que inició el primer vínculo por prestación de orden de servicios entre las dos partes hasta el 31 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones.

**viii) Conclusiones de la Sala.** - Conforme a lo destacado en precedencia es evidente que la situación de la actora se enmarca en una relación laboral, y no de prestación de servicios, por cuanto se acreditaron todos los elementos constitutivos de la relación laboral.

Así las cosas, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y por tal razón, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar acceder a las mismas, así:

i) Declarar la existencia de una relación laboral desde el **1° de noviembre de 2011** hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo las interrupciones que se hayan presentado entre contrato y contrato.

---

<sup>14</sup> Según lo indicado en Contrato N° 630 de 2013 (fs. 18 a 27).

<sup>15</sup> Fs. 57 a 63 del cuaderno principal.

<sup>16</sup> Información sustraída del acta individual de reparto f. 78.

ii) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) debe tomar el ingreso base de cotización (los cuales corresponden a los honorarios pactados) del tiempo comprendido entre el **1° de noviembre de 2011** hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo sus interrupciones, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

iii) El tiempo laborado por la señora Diana Soraya Herrera Casas, bajo la modalidad de prestación de servicios con el ICBF, desde el 1° de noviembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

iv) Indicar que se ordenará el pago de las diferencias de todas y cada una de las prestaciones sociales que resulten entre lo que recibió por concepto de los contratos de prestación de servicios y lo que en el mismo periodo hubiese percibido como trabajador de planta, dentro del lapso de tiempo comprendido desde el **1° de noviembre de 2011**, en virtud del Contrato N° 1677 de 2011 hasta que culminó el vínculo contractual, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2013, según lo dispuesto en el Contrato N° 630 de 2013, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones.

v) Manifestar que en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de prescripción trienal, de conformidad con las consideraciones expuestas en párrafos anteriores.

Con fundamento en los elementos de juicio, allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia de primera instancia y se accederá a las pretensiones, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

**ix) De la condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se registrarán*

*por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>17</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Ahora bien respecto a los intereses moratorios, el Despacho considera que el artículo **192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**, dispone:

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*«Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.*

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

[...]

***Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.***

[...]

*El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.*

*Ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes». (Negrilla fuera de texto original).*

Del artículo **192 de la Ley 1437 de 2011** antes transcrito, se colige que a menos que la sentencia que impone la condena, señale un plazo para el pago los intereses moratorios únicamente se causarán a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de tres (3) meses que el precepto contempla para que el interesado cumpla con la carga allí impuesta, so pena a que se dé aplicación de la sanción establecida en la norma misma.

Ahora bien, cuando la sentencia ordena el pago de la sanción moratoria a la demandante, dicha obligación, surge para la entidad a partir de la ejecutoria de la sentencia que impone la condena, y es en virtud de la firmeza del mandato judicial que se hacen exigible las obligaciones ordenadas en el fallo, razón por la cual, la causación de intereses de mora se generará a partir del día siguiente de la ejecutoria de la presente sentencia, pero solo en el evento en que se incumpla la orden judicial.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

**Primero: Revocar** la sentencia de 22 de noviembre de 2018, expedida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, dentro del proceso adelantado por la señora Diana Soraya Herrera Casas contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para en su lugar:

a) **Declarar** la nulidad del Oficio S-2017-001129-0101 de 2 de enero de 2017, proferido por la secretaria general del ICBF, mediante el cual se le negó al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales que se derivan de este, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

b) Declarar la existencia de una relación laboral desde el **1° de noviembre de 2011** hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo las interrupciones que se hayan presentado entre contrato y contrato.

c) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) debe tomar el ingreso base de cotización (los cuales corresponden a los honorarios pactados) del tiempo comprendido entre el **1° de noviembre de 2011** hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo sus interrupciones, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

d) El tiempo laborado por la señora Diana Soraya Herrera Casas, bajo la modalidad de prestación de servicios con el ICBF, desde el 1° de noviembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

e) Indicar que se ordenará el pago de las diferencias de todas y cada una de las prestaciones sociales que resulten entre lo que recibió por concepto de los contratos de prestación de servicios y lo que en el mismo periodo hubiese percibido como trabajador de planta, dentro del lapso de tiempo comprendido desde el **1° de noviembre de 2011**, en virtud del Contrato N° 1677 de 2011 hasta que culminó el vínculo contractual con el Contrato N° 630 de 2013, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2013, ya que se demostró que entre estos

contratos existió continuidad en la labor realizada.

f) Manifestar que en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de prescripción trienal, de conformidad con las consideraciones expuestas.

**Segundo:** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Tercero:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-007-2017-00386-01  
Demandante : **Yolanda Marín Garcés**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión de invalidez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio, conforme al artículo 40 de la Ley 100 de 1993 - indexación de la primera mesada pensional

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 128 a 138) contra la sentencia de 8 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 104 a 120).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 35 a 42). La señora Yolanda Marín Garcés, mediante apoderada, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que se declare la **nulidad parcial** de las Resoluciones i) GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de invalidez a favor de la demandante y ii) VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, que resolvió un recurso de apelación en contra de la resolución antes mencionada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) pagar la pensión de invalidez a partir del día que cumplió el status de pensionada, en cuantía del 75% del IBL; ii) indexar la primera mesada pensional, teniendo en cuenta el valor liquidado al momento de la estructuración de la invalidez y el valor

actualizado por IPC, para la fecha de efectos fiscales (2015); iii) reliquidar su pensión de invalidez teniendo en cuenta la inclusión de la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación; iv) pagar la diferencia de las mesadas pensionales efectivamente pagadas y las que arroje la nueva liquidación; v) incorporar los ajustes de valor, conforme al IPC, o al por mayor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; vi) pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; vii) dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.; y viii) cancelar las costas y agencias en derecho.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante relató como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Nació el 28 de enero de 1960 y se vinculó a la Rama Judicial a partir del 16 de octubre de 1984.

El 30 de septiembre de 2011, durante su jornada laboral, sufrió un accidente cerebrovascular.

El Seguro Social a través de dictamen del 6 de junio de 2012, determinó que la demandante tenía una pérdida de la capacidad laboral del 74.95% de origen común, señalando como fecha de estructuración de la invalidez el 20 de octubre de 2011, fecha a partir de la cual se le dieron incapacidades de manera continua.

Solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a su favor a través de radicado No. 2014-5445868 del 8 de julio de 2014.

Mediante la Resolución No. GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez solicitada, en cuantía de \$728.608, efectiva a partir de la fecha de retiro (2015).

Contra la resolución anterior, presentó recurso de apelación con escrito radicado con No. 2015-615644 del 27 de enero de 2015.

El recurso anterior fue resuelto por Colpensiones mediante la Resolución VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, que modificó la resolución apelada en el sentido de indicar que la cuantía de la pensión para el 2015 sería de \$ 743.441.

El monto de la pensión se hizo sobre el promedio de salarios de los 10 años anteriores a la adquisición del status de pensionada, pero no se indexó la primera mesada pensional.

Se retiró del servicio a la Rama Judicial a partir del 30 de junio de 2015.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; 21 y 40 de la Ley 100 de 1993; Ley 797 de 2003 y Decretos 691 y 1158 de 1994.

Indicó que tiene derecho a que su pensión sea liquidada con el 75% del IBL, por cuanto fue calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 66% y acredita más de 1300 semanas cotizadas, como así lo reconoce Colpensiones en el acto administrativo que reconoce su pensión.

Adujo que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) al momento de determinar el IBL, debía reconocer todos los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la demandada, teniendo en cuenta que como lo certificó el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cotizó sobre la asignación básica mensual y la prima de antigüedad y de capacitación.

Señaló que Colpensiones desconoció lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, por cuanto la señora Marín Garcés acreditó que las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, constituían factor salarial y en ese sentido fueron incluidas para determinar el IBC, motivo por el cual, no podía excluirlas al momento de determinar el monto de la pensión de invalidez.

Sostuvo que en los actos administrativos se señala la incompatibilidad de la pensión reconocida con los auxilios por incapacidad pagados a la demandante, no obstante incurre en

error Colpensiones al fundamentar la decisión en el Decreto 789 de 1990, por cuanto el mismo no resulta aplicable a la pensión reconocida, en razón a que la fecha de la estructuración se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, norma que no prevé expresamente la incompatibilidad.

Precisó que Colpensiones transgredió el artículo 53 de la Constitución Nacional al no permitir que a la accionante se le garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de la pensión, al no liquidar la pensión de invalidez indexando la primera mesada, así como el desconocimiento a una remuneración mínima vital y móvil.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 55 a 63) La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) contestó la demanda indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que las resoluciones expedidas por la entidad demandada se ajustan al ordenamiento jurídico con el cual se reconoció el derecho, teniendo en cuenta las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

Precisó que si la estructuración del estado de invalidez se presentó cuando se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 son los requisitos señalados en dicha norma los que se deben reunir para tener derecho a la prestación correspondiente, mientras que si los siniestros se presentaron en vigencia de la Ley 797 de 2003, se deben reunir las condiciones allí señaladas con el mismo propósito.

Aseguró que la entidad demandada actuó bajo los parámetros legales y de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa, de tal manera que resolvió la pensión de invalidez, conforme a la norma que le resultó más beneficiosa.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe», «genérica o innominada» e «inexistencia del derecho reclamado».

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada el 8 de agosto de 2018 (fs. 104 a 120), accedió a las pretensiones de la demanda, indicando

que la demandada estima que liquidó la pensión de la accionante con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicio, no solo con la inclusión de la asignación básica, sino también con las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, las cuales están contempladas en el Decreto 1158 de 1994.

Dijo que de acuerdo con la liquidación realizada por el despacho, se evidenció que aun cuando Colpensiones incluyó los factores salariales a los cuales tiene derecho la señora Yolanda Marín, dicha entidad liquidó erróneamente el promedio de salarios devengados durante los últimos 10 años de servicio de la demandada, anteriores a adquirir el estatus pensional, y en consecuencia, también erró al determinar el monto de la mesada pensional.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud de la indexación de la primera mesada, manifestó que hay lugar a ordenarla toda vez que desde que se configuró el estatus pensional, esto es, desde el 20 de octubre de 2011, hasta el día en que se ordenó el pago de la primera mesada pensional, es decir, el 1° de junio de 2015, transcurrió un término superior a un año, lo cual redundó en la pérdida del poder adquisitivo.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada.-** (fs. 128 a 138) La apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del 8 de agosto de 2018, en el cual argumentó que dentro de los factores salariales reconocidos por el *a quo*, existen algunos distintos a los establecidos taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, que es la norma que se debe aplicar para el caso en concreto y adicionalmente, que la reliquidación pensional debe efectuarse conforme a las reglas de liquidación dispuestas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994 sobre los que se realizaron aportes.

Agregó que según los artículos 35 del Decreto 758 de 1990 y 10 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de invalidez deben reconocerse a partir de la fecha de estructuración de esta, excepto que con posterioridad a esta fecha, el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad.

Adujo que según la historia laboral de la actora se evidencia que estuvo vinculada al servicio inclusive con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de su capacidad laboral, por lo que se puede presumir que estuvo incapacitada, sin embargo, al revisar el expediente administrativo de la señora Yolanda Marín junto con las pruebas allegadas con la demanda, no se encontró certificación de incapacidades médicas, razón por la cual el reconocimiento de la prestación pensional debe reconocerse a corte de nómina, tal como se hizo en la Resolución VPB 45298 del 25 de mayo de 2015.

Sostuvo que es deber de la interesada probar que la misma no estuvo incapacitada, o de estarlo, desestimar que lo estuvo hasta la fecha en que le fue reconocida la pensión de invalidez, de conformidad con lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Dijo que en lo que respecta a la indexación de la primera mesada, la demandante disfruta de una pensión la cual ha sido actualizada conforme a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 41 del Decreto 692 de 1994, por lo que no tiene derecho a la misma.

#### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada fue concedido en audiencia de conciliación celebrada el 14 de noviembre de 2018 (fs. 147 a 149) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 6 de mayo de 2019 (f. 153), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 21 de junio de 2019 (f. 156), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte demandada.

**Parte demandada.** - (fs. 158 a 163) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problemas jurídicos.-** A la Sala corresponde determinar si a la señora Yolanda Marín Garcés le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de Colpensiones i) la reliquidación de su pensión de invalidez, por no haberse tenido en cuenta el 75% del promedio y con la totalidad de los factores salariales devengados durante los 10 años anteriores a la adquisición del estatus jurídico de pensionada, conforme al artículo 40 de la Ley 100 de 1993, y efectuar el pago a partir de la adquisición del estatus de pensionada y ii) si la citada demandante tiene derecho a que se indexe la primera mesada pensional.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de i) reliquidar la pensión de invalidez de la demandante por tener derecho a la inclusión de factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y ii) ordenar la indexación de la primera mesada pensional por haber transcurrido más de un año entre la adquisición del status de pensionada y la fecha de efectividad de la pensión de invalidez, de conformidad con las consideraciones que se pasan a exponer.

**Marco normativo.** - En punto de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a determinar la solución que en derecho corresponde:

**De la reliquidación pensional - Pensión invalidez.** - En cuanto a las normas de pensión de invalidez, en Colombia han existido tres regímenes pensionales desde el año 1990, estos son i) el Decreto 758 de 1990; ii) Ley 100 de 1993; y iii) Ley 860 de 2003.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

El Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, estableció en su artículo 6° las condiciones para acceder a la pensión de invalidez así:

*«Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.»*

De esta manera, para reconocer la pensión de invalidez este régimen exigía: (i) un total de 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; o (ii) 300 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

No obstante, dicha normativa fue derogada por la Ley 100 de 1993, la cual en esta materia dispuso en sus artículos 38, 39 y 40 los requisitos y monto de la pensión de invalidez en los siguientes términos:

*«ARTICULO. 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

*ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:*

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y*
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

*PARAGRAFO. -Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.*

*ARTICULO 40. Monto de la Pensión de Invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*

- a) El 45 % del ingreso base de liquidación, más el 1.5 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66 %;*
- b) El 54 % del ingreso base de liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras*

*800 semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66 %.*

*La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75 % del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.*

*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.»*

En vista de lo anterior para que una persona pudiera acceder a esta pensión bajo el régimen de la Ley 100 de 1993 era necesario que para el momento de la estructuración de la invalidez el afiliado estuviera cotizando y que hubiera aportado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo; o que, en caso de haber dejado de cotizar, hubiera efectuado aportes durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

Posteriormente, la Ley 860 de 2003 modificó algunos aspectos de la Ley 100 de 1993. En lo relativo a la pensión de invalidez, estableció en el artículo 39 lo siguiente:

*«Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

*1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~*

*2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~*

*Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

*Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.» (Líneas tachadas fueron declaradas inexecutable en la sentencia C-428 de 2009).*

Esta última norma que aun continua vigente (en los apartados que no fueron declarados inexecutable), estableció como requisito la cotización de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Así mismo, esta normativa determinó que en caso de que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas

requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo necesitará haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

### **Indexación de la primera mesada pensional.**

Se advierte que la normativa no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones, sin embargo teniendo en cuenta que nos encontramos en una economía inestable, el Consejo de Estado ha aceptado que la indexación de las obligaciones dinerarias es un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias, pues cualquier reconocimiento sin tener en cuenta el aumento de valor del dinero, resulta inequitativo ya que indiscutiblemente, en algunos casos la pérdida del valor adquisitivo que ocurre entre la fecha en que el pensionado se retira del servicio y la fecha en que adquiere el estatus pensional y/o se reconoce la pensión, hace que la prestación se liquide con montos empobrecidos.

Sobre el particular, la Sección Segunda de esa Corporación en sentencia de 15 de noviembre de 1995, expediente 7760, con ponencia del doctor Joaquín Barreto Ruiz, precisó que la indexación no solo tiene un sustento legal en materia contenciosa administrativa, sino que es un acto de elemental equidad, cuyo soporte constitucional se encuentra en los artículos 48, 53 y 230, en armonía con aquellos conceptos de la Constitución que le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo, por lo que no disponer el ajuste sería no solo un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino también un enriquecimiento sin causa de quien en su negativa de reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiese cancelado en tiempo su obligación.

Así mismo, considera que la indexación legal obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que tratándose de servidores del Estado, castiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

En sentencia del 15 de junio de 2000 del Consejo de Estado<sup>2</sup>, se establecieron las siguientes reglas:

*«No aceptar la indexación del ingreso base del demandante, pretextando que los últimos años no estuvo vinculado laboralmente luego de haber prestado sus servicios, por más de 23 años, y de esa manera reconocer su mesada pensional, con valores deteriorados, constituiría una afrenta a la justicia e iría en contravía de los postulados Constitucionales citados.*

*Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” - derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional».*

Así las cosas, al no existir una ley que regule la materia, es deber del fallador acudir a los criterios auxiliares de justicia y equidad, para evitar que se vulneren los derechos del trabajador en cuanto a que su ingreso laboral, con el transcurrir del tiempo, se convierta en una pensión liquidada sobre sumas desvalorizadas, debido al tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y la adquisición del estatus de pensionado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU-120 de 2003, precisó:

*«La Corte encuentra, entonces, i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa -; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta base salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.*

(...)

*No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el ‘Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’ –artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.*

(...)

*En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.*

---

<sup>2</sup> Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación: 2926-99

(...)

*De modo que en su misión de determinar el referente para resolver las situaciones planteadas por los accionantes, sobre la base salarial para liquidar la primera mesada pensional, la accionada tenía que proceder como lo indican las normas relativas al tema, como quiera que el legislador de haber considerado las particularidades que los actores afrontan habría optado por la indexación del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios –artículo 260 C.S.T-, o por el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios o rentas sobre las cuales el afiliado cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento, según el caso.*

(...)

*Lo anterior porque i) así acontece con el trabajador que es despedido después de diez o más años de trabajo, sin poder aspirar a una mesada pensional, ii) ésta es la solución adoptada por la ley para liquidar las pensiones, reajustes y sustituciones de los excongresistas, y iii) esto ocurre con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público del orden nacional, financiadas con recursos del presupuesto nacional, del Instituto de Seguros Sociales, así como las de los pensionados de las Fuerzas Armadas Militares y de la Policía Nacional.*

(...)

*Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su mera voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-.*

(...)

*b) Respecto del derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, la jurisprudencia indica:*

(...)

*- Que cuando el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que 'quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (...) logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados, sin distinción de su capacidad económica, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección*

(...)

*En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales.*

*(...)».* (Subrayado de la Sala).

Tal actualización resulta procedente no solo por vía judicial, sino también en sede administrativa, comoquiera que es un beneficio legal que garantiza los principios de equidad y justicia, en virtud de los cuales se conserva la capacidad adquisitiva de la mesada pensional,

pues lo contrario implicaría un detrimento en su valor. Así lo ha estimado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*«En el caso objeto de examen no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa.*

(...)

*Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los periodos concebidos para tal fin.*

(...)

*Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.*

(...)

*No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.*

(...)

*Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía.*

(...)

*No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí habría legitimado la decisión de la administración de actualizar los pagos extemporáneos que efectuó. Como no ocurrió así, procede a esta Sala ordenarlo mediante este proveído.*

(...)»<sup>3</sup>.

De lo anterior se concluye que teniendo en cuenta que la obligación de reconocer la pensión de jubilación surge solo a partir del momento en que se adquiere el estatus pensional, la entidad encargada de efectuar el pago debe establecer la base de la liquidación de la prestación preservando su poder adquisitivo, pues esta constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral útil, con la finalidad de garantizar su subsistencia en condiciones dignas y justas cuando alcance la tercera edad, motivo por el cual su reconocimiento y pago no puede efectuarse con sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios.

Así las cosas, la indexación de la primera mesada puede realizarse en sede administrativa por la administración y es obligatoria para las pensiones de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, incluso, quienes cuenten con un régimen especial y adquirieron la pensión con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que es un derecho que deriva directamente de los postulados y pilares fundamentales del Estado Social de Derecho que promueven el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en garantía de los principios de equidad, justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores, derechos de alta relevancia constitucional que no deben ser desconocidos, en virtud del principio *pro homine* normatizado de tiempo atrás en tratados internacionales<sup>4</sup>, que impone interpretar y aplicar las normas que sean más favorables a la persona y a sus derechos humanos.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Cédula de ciudadanía de la señora Yolanda Marín Garcés, en la que se observa que nació el 28 de enero de 1960 (f. 2).

b) Certificado expedido por la coordinadora del área de talento humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, Cundinamarca, en el que se

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 13 de julio de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

<sup>4</sup> V. gr. Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

relacionan los periodos en los que la demandante prestó sus servicios en la Rama Judicial, esto es, desde el 16 de octubre de 1984 al 30 de junio de 2015, con algunas interrupciones (fs. 3 y 3 vto).

c) Certificado de información laboral expedido por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, del cual se desprende que laboró para dicho ente en varios cargos, durante los siguientes periodos: 1) desde el 22 de octubre de 1984 al 30 de noviembre de 1984; 2) desde el 11 de enero de 1985 al 5 de febrero de 1991; y 3) desde el 16 de febrero de 1991 al 31 de diciembre de 1993, realizando cotizaciones pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy Ugpp (f. 4).

d) Certificado de salarios mes a mes expedido por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el cual se observan los valores devengados por la accionante en octubre y diciembre de 1984, enero de 1985 a diciembre de 1993, teniendo como valores devengados tanto la asignación básica mensual, como las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación (fs. 5 a 7).

e) Certificado de información laboral expedido por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, del cual se desprende que laboró para dicho ente en varios cargos, durante los siguientes periodos: 1) desde el 1° de enero de 1994 al 9 de noviembre de 1994 y 2) desde el 16 de noviembre de 1994 al 30 de junio de 2015, realizando cotizaciones pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy Ugpp (f. 8).

f) Certificado de salarios mes a mes expedido por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el cual se observan los valores devengados por la accionante entre enero de 1994 a julio de 2009, teniendo como valores devengados tanto la asignación básica mensual, como las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación (fs. 9 a 10 vto).

g) Constancia expedida por la coordinadora del área de talento humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, Cundinamarca, en el que se relacionan los valores cancelados a favor de la señora Yolanda Marín desde enero de 2010 a abril de 2016, encontrándose los factores salariales tales como auxilio de transporte, subsidio de alimentación, auxilio especial de transporte, prima de antigüedad, bonificación por servicios

prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de productividad y vacaciones. Y se observa que tuvo como licencia por enfermedad general en el mes de diciembre de 2011 por 27 días, en febrero de 2012 por 28 días, en abril de 2013 por 30 días, de mayo a octubre de 2013 por 30 días en cada mes, en diciembre de 2013 por 30 días, de enero a marzo de 2014 por 30 días en cada mes, de junio a diciembre de 2014 por 30 días en cada mes, de enero a diciembre de 2015 por 30 días en cada mes, de enero a abril por 30 días en cada mes (fs. 11 a 19 vto).

h) Dictamen de la pérdida de capacidad laboral de la señora Yolanda Marín Garcés, el cual fue expedido por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS, hoy Colpensiones, en el que se indicó que el diagnóstico motivo de la calificación fue un accidente cerebrovascular, el cual generó el 74,95% de la pérdida de capacidad laboral, la cual se estructuró el 20 de octubre de 2011 (f. 20).

i) Resolución GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), reconoció la pensión de invalidez a favor de la señora Yolanda Marín Garcés, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, quedando en suspenso hasta acreditar el retiro defectivo del servicio. Lo anterior, teniendo en cuenta 1.389 semanas sobre un ingreso base de liquidación de \$971.477, al cual se le aplicó el 75% (fs. 21 a 25).

j) Recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, presentado por la actora ante Colpensiones el 27 de enero de 2015 (fs. 26 a 30).

k) Resolución VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, a través de la cual Colpensiones, resolvió el recurso de apelación antes mencionado, modificando dicha resolución en el sentido de incrementar el valor del IBL a \$991.255 e indicando que la fecha de efectividad es a partir del 1° de junio de 2015, liquidación que se realizó de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta 1389 semanas cotizadas (fs. 31 a 34).

l) Expediente administrativo en magnético (f. 64).

**Caso concreto-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la **nulidad parcial** de las Resoluciones i) GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, a través de la cual se le reconoció la pensión de invalidez, supeditada al retiro definitivo del servicio y ii) VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, que resolvió un recurso de apelación en contra de la resolución anterior, modificándola y ordenando el pago de la misma a partir del 1° de junio de 2015.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial de los actos referidos, se condene a la accionada a **i)** reliquidar su pensión de invalidez con el equivalente del 75% del promedio, con la inclusión de lo devengado en los 10 años anteriores a la adquisición del estatus de pensionada, esto es, además de la asignación básica, con las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 40 de la Ley 100 de 1993; e **ii)** indexar la primera mesada pensional.

El 8 de agosto de 2018 el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda, al colegir que le asiste el derecho a la señora Marín Garcés a que su pensión de invalidez sea reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados en los 10 años anteriores a la adquisición del status de pensionada en aplicación a lo dispuesto en los artículos 21, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, así como a la indexación de la primera mesada pensional.

Así las cosas, la entidad accionada en sede de impugnación discutió que **i)** dentro de los factores salariales reconocidos por el juez de primera instancia, existen algunos distintos a los establecidos taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y que la reliquidación pensional debe efectuarse conforme a las reglas de liquidación dispuestas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994 sobre los que se realizaron aportes; **ii)** las pensiones de invalidez deben reconocerse a partir de la fecha de estructuración de la misma, excepto a que con posterioridad a esta fecha, el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad, motivo por el cual la pensión fue efectiva a partir del 1° de junio de 2015; y **iii)** en lo que respecta a la indexación de la primera mesada pensional, manifestó que la misma ha sido actualizada oficiosamente año tras año según la variación porcentual del IPC, de acuerdo

a lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 41 del Decreto 692 de 1994.

**En primer lugar**, la Sala procederá a resolver el problema jurídico encaminado a establecer si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de los factores salariales devengados en los 10 años anteriores a la adquisición del status de pensionada.

Así, del análisis integral del expediente se tiene que a la demandante se le diagnosticó una pérdida de la capacidad laboral del 74,95%, con fecha de estructuración 20 de octubre de 2011. Por ello a través de la Resolución GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014 la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) le concedió una pensión de invalidez, teniendo en cuenta 1.389 semanas sobre un ingreso base de liquidación de \$971.477, al cual se le aplicó el 75%. Acto este último que fue modificado a través de la Resolución VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, que ordenó el pago a partir del 1° de junio de 2015 y elevó la cuantía del IBL a \$ 971.477.

Igualmente, del proceso se desprende que la señora Yolanda Marín Garcés laboró en la Rama Judicial desde el 16 de octubre de 1984 hasta el 30 de junio de 2015, con algunas interrupciones.

Asimismo, del estudio de los actos enjuiciados se observa que el ingreso base de liquidación tenido en cuenta por la entidad accionada para liquidar la prestación de la demandante fue el dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que establece que «*Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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 o en todo el tiempo si este fuere inferior [...]».*

Así las cosas, la reliquidación de pensión de la señora Yolanda Marín Garcés será el previsto en el capítulo III de la Ley 100 de 1993, esto es, especialmente de acuerdo a los artículos 38, 39, 40 y 41 ibídem, modificado este segundo por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y el ingreso base de cotización estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior, en atención a que la demandante no cumplía con ninguno de los dos requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1° de abril de 1994, tenía 34 años, 2 meses y 4 días de edad<sup>5</sup> y 9 años, 5 meses y 16 días de servicios prestados<sup>6</sup>. Adicionalmente, se tiene que la fecha de estructuración de su enfermedad de origen común fue el 20 de octubre de 2011, estando vigente la aplicación plena de la Ley 100 de 1993, además de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los que haya hecho aportes, aspecto último sobre el cual esta Sala de Decisión ya se ha pronunciado en recientes providencias donde ha expuesto que se acoge la actual postura del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sus sentencias de unificación donde en materia pensional se ha precisado que para pensiones causadas después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 solo se reconocen los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hayan efectuado aportes.

Por tanto, se aclara que para este caso específico solo se tendrá en cuenta para efectos de la reliquidación pensional solicitada los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y lo dispuesto en la Ley 860 de 2003 por ser esta normativa la que regula específicamente el tema de la pensión invalidez, siempre y cuando sobre ellos se hubieren efectuado aportes.

En ese orden de ideas, se confirmará la providencia del juez de primera instancia ya que del estudio de los factores devengados por la parte demandante (asignación básica, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, auxilio especial de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de antigüedad, ascensional y de capacitación) en paralelo con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 (asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y bonificación por servicios prestados) se tiene, que los únicos factores que deben ser incluidos en la liquidación de la pensión invalidez de la actora de acuerdo a los pretendidos en la demanda son la asignación básica y las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

---

<sup>5</sup> Según la cédula de ciudadanía, la demandante nació el 28 de enero de 1960 (f. 2).

<sup>6</sup> De acuerdo a certificado laboral obrante a folio 3 del expediente.

**En segundo lugar**, en lo que se refiere a que las pensiones de invalidez deben reconocerse a partir de la fecha de estructuración la misma, excepto a que con posterioridad a esta fecha, el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad.

Frente a lo anterior, se tiene que para la Sala es claro que un pensionado no tiene derecho al pago de incapacidades laborales, pero si la pensión es por invalidez, sí hay dificultad por cuanto en algunos casos el afiliado primero se incapacita y luego se dictamina la pérdida de capacidad laboral lo que conduce a la pensión de invalidez.

Así, puede ocurrir que un trabajador se enferme o se accidente, y en ocasión a ello se le reconoce una incapacidad, y si nunca se recupera será pensionado por invalidez, pensión que en algunos casos se reconoce de manera retroactiva, es decir, se reconoce por un tiempo anterior durante el cual se reconoció una incapacidad temporal. Así las cosas, se tiene que la pensión de invalidez se reconoce desde que se estructura la invalidez, no desde que la ARL o el fondo de pensión le da trámite a la misma.

Lo anterior, fue discutido por la Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2016<sup>7</sup>, en la que dispuso lo siguiente:

«[...]

*Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que “La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado” por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.*

*Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado.*

[...]».

---

<sup>7</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-140 del 18 de marzo de 2016, M.P. doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

De acuerdo a lo mencionado con anterioridad, se concluye por la Sala que el pago de la pensión de invalidez se ordena a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, aun cuando se hayan hecho pago por concepto de incapacidades por enfermedades de origen común, tal como sucede en el caso concreto.

Finalmente, en **tercer lugar** frente a la indexación de la primera mesada pensional, se tiene que i) la estructuración de la enfermedad de origen común de la señora Yolanda Marín fue el 20 de octubre de 2011; ii) la demandante fue pensionada a través de Resolución No. GNR 449191 del 30 de diciembre de 2014, condicionando el pago al retiro definitivo del servicio; iii) la anterior resolución fue modificada por medio de la Resolución VPB 45298 del 25 de mayo de 2015, en la que se incrementó el valor del IBL a \$991.255, con efectividad pensional a partir del 1° de junio de 2015, sin embargo, la pensión debió liquidarse i) con el promedio de los salarios devengados en los diez (10) años anteriores a la adquisición del estatus de pensionada, ii) con todos los factores salariales percibidos en ese mismo lapso, es decir, entre el 20 de octubre de 2002 al 19 de octubre de 2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994 y iii) con la actualización de los valores devengados al momento del retiro, debidamente actualizados para la fecha del reconocimiento pensional.

Lo anterior es así por cuanto, tal y como se precisó, esta indexación se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el beneficiario alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho transcurrido uno o más años después de su retiro, de tal suerte que, con ese transcurso de tiempo, el salario base de la liquidación de la prestación, la pensión habría sufrido detrimento.

Ahora bien, como en el presente caso se trata de una pensión de invalidez, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación<sup>8</sup> precisó que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional tiene un carácter universal, predicándose respecto a todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen o su naturaleza.

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Constitucional SU-637 del 17 de noviembre de 2016, M.P. doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

Así las cosas, en el caso como el que se analiza, la señora Marín Garcés cumplió el estatus de pensionada el 20 de octubre de 2011 y el pago de la pensión se realizó a partir del 1° de junio de 2015, situaciones en las que transcurrieron varios años, puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión. Motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a la pretensión de la indexación de la primera mesada.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda, en el sentido de indicar que se accede al reajuste de la pensión de invalidez y a la indexación de la primera mesada pensional, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso adelantado por la señora Yolanda Marín Garcés contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-013-2018-00077-01  
Demandante : **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**  
Demandado : Hernando Callejas  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho – lesividad  
Tema : Reconocimiento pensión de vejez  
Actuación : Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró probada la excepción de «*falta de jurisdicción*» y dio por terminado el proceso.

## I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la apoderada de la entidad demandante, contra el auto de 5 de junio de 2019 proferido en audiencia inicial por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá (CD en f. 154A y fs. 155 a 157 vto), mediante el cual se declaró probada la excepción de «*falta de jurisdicción*», y en consecuencia ordenó la remisión del proceso a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y lo dio por terminado en esta jurisdicción.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

El 2 de marzo de 2018, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fs. 6A a 21), con el fin de que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 362761 del 13 de octubre de 2014 y GNR 111883 del 20 de abril de 2015, a través de las cuales Colpensiones reconoció el pago de una pensión de vejez a favor del demandado y se ordenó la reliquidación de la misma, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior nulidad solicitó que i) se declare que el señor Callejas Hernando no es beneficiario al régimen de transición; ii) se le ordene la devolución de los

dineros recibidos por concepto de pensión conforme a la aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir de la inclusión en nómina de pensionados hasta que se ordene la suspensión provisional o se declare su nulidad; e iii) indexar las sumas que se reconozcan a favor de Colpensiones o reconocer los intereses a que haya lugar.

Mediante auto de 9 de abril de 2018 (fS. 24 y 24 vto.), el Juez Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, admitió la demanda, ordenando notificar personalmente al señor Hernando Callejas y al agente del Ministerio Público.

El 5 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial, mediante la cual el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, resolvió la excepción previa propuesta por la parte demandada, declarando probada la de falta de jurisdicción. Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó dentro de la misma diligencia.

### **III. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En providencia de 5 de junio de 2019, el Juzgado trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y en consecuencia, ordenó la remisión del proceso a la Jurisdicción ordinaria Laboral y lo dio por terminado en esta jurisdicción. (fs. 155 a 157 vto).

Empezó por considerar que si bien la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para dirimir los conflictos que emanen de los actos administrativos, lo cierto es que en materia de seguridad social, la competencia general recae en la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Agregó que de acuerdo al certificado expedido y allegado al plenario por Colpensiones del reporte de semanas cotizadas por concepto de pensión por parte del señor Hernando Callejas, actualizado al 18 de enero de 2017, se observa que la misma está constituida por aportes que realizaron a su nombre 13 empleadores, de los cuales 11 corresponden a personas jurídicas de derecho privado, y 2 a nombre de particulares, por lo que concluyó que el demandado siempre estuvo vinculado a través de contratos de trabajo de derecho privado.

Sostuvo que se advierte que el objeto del presente proceso no es de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, por cuanto los conflictos jurídicos originados directa o indirectamente de un contrato de trabajo, son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, según lo establecido en el numeral 1 del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, sin que por el hecho de que se esté demandando un acto administrativo tenga que variar esta conclusión.

Señaló que como lo ha dispuesto el Consejo de Estado, en estos casos, cuando se demanda en lesividad un acto administrativo, la jurisdicción competente no se determina por la naturaleza de la decisión atacada sino por el factor funcional, que en este caso corresponde a la forma de vinculación laboral.

Concluyó que atendiendo a que el demandado siempre estuvo vinculado laboralmente en el sector privado, a través de contratos de trabajo, resulta innegable que la presente controversia debe ser conocida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral conforme al numeral 1° del artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral, modificado por la Ley 362 de 1997.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la referida decisión, la apoderada de la parte actora, interpuso recurso de apelación por cuanto consideró que el presente caso debe ser conocido por esta jurisdicción, comoquiera que es el juez natural para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, de allí que la entidad demandante, al no poder revocar ella misma sus propios actos administrativos, debe acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para demandar tales actos.

Adujo que la Jurisdicción Ordinaria Laboral no juzga actos administrativos, sino que la competente para hacerlo es la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Finalmente, señaló que se deben tener en cuenta tres aspectos: i) que la presente demanda resulta del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es quien conoce los procesos relacionado con la anulación de actos administrativos; y iii) en el presente caso no se debate la relación laboral

del demandado, sino los actos que le reconocieron la pensión.

Por su parte, el apoderado del demandado solicitó mantener la decisión de declarar la falta de jurisdicción, toda vez que en su sentir las controversias relativas a la seguridad social deben ser conocidas por la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que en este caso debe ser el juez natural, indicando que como el señor Callejas nunca tuvo la calidad de empleado público.

## V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>1</sup>, se concedió en la mencionada audiencia de 2 de julio de 2019 (fs. 49 a 54).

## VI. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 180 (numeral 6°) de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, contra el auto dictado en audiencia inicial de 5 de junio de 2019, por medio del cual el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá dio por terminado el proceso al declarar que prosperaba la excepción de falta de jurisdicción por considerar que la jurisdicción competente es la ordinaria laboral.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón jurídica al juez de primera instancia al declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y dar por terminado el proceso por cuanto consideró que el presente caso le corresponde conocer a la

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

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

(...)

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

<sup>2</sup> «Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

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 auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso».

Jurisdicción Ordinaria Laboral al observar que el demandado estuvo vinculado laboralmente únicamente a entidades de derecho privado.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará el auto que declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción, atendiendo a las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Marco Normativo.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Cabe precisar que el artículo 104 (numeral 4) de la Ley 1437 de 2011, sostiene que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ocupa de los litigios que surgen con ocasión de la «[...] *relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público*».

A su vez, el numeral 4 del artículo 105 *ibidem* prevé excepciones a la aplicación de la citada regla general de competencia, en los siguientes términos:

*«La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:*

[...]

**4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales».** (Negrilla del despacho).

**Acervo probatorio.-** Del material probatorio relevante para resolver el recurso de apelación objeto de estudio, tenemos:

a) Cédula de ciudadanía del señor Hernando Callejas, en la que se observa que nació el 23 de octubre de 1953 (CD f. 6A).

b) Reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones, en el cual se indica que está actualizado al 18 de enero de 2017, observándose i) que para esa fecha tenía

un total de 1.201,22 semanas cotizadas y ii) que las cotizaciones realizadas fueron producto de labores realizadas en entidades netamente privadas y con personas particulares (CD f. 6A).

c) Resolución GNR 362761 del 13 de octubre de 2014, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) reconoció a favor del demandado la pensión de vejez por haber cumplido los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$743.295, con una tasa de reemplazo del 84%, con efectividad a partir del 1° de octubre de 2014 (CD f. 6A).

d) Resolución GNR 364879 del 19 de noviembre de 2015, mediante la cual se negó la reliquidación pensional al señor Callejas (CD f. 6A).

e) Resolución GNR 88830 del 29 de marzo de 2016, a través de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Callejas, y en la que se indicó que i) a través de la Resolución GNR 362761 del 13 de octubre de 2014, se le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$743.295; ii) por medio de la Resolución GNR 111883 del 20 de abril de 2015, se reliquidó la pensión del accionado en el sentido de elevar la cuantía a \$746.431 (CD f. 6A).

f) Resolución SUB 51573 del 3 de mayo de 2017, a través de la cual se negó a Colpensiones la autorización para revocar las Resoluciones GNR 362761 del 13 de octubre de 2014 y GNR 111883 del 20 de abril de 2015, y se indicó que debía acudir a la acción de lesividad (CD f. 6A).

g) Resolución SUB 127964 del 17 de julio de 2017, que reconoció un incremento pensional del 14% de un SMLMV por su compañera permanente Flor Marina Díaz Santos, en cumplimiento de una sentencia del 21 de febrero de 2017 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá (CD f. 6A).

h) Resolución SUB 218581 del 7 de octubre de 2017, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Callejas, y en la que se indicó que las entidades en las que el accionado laboró son de clase privada (CD f. 6A).

**Caso concreto.-** Para desatar el problema jurídico, la Sala procederá a estudiar si el juez de primera instancia tiene razón en declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción en el caso concreto, por considerar que la competencia para conocer del mismo la tiene la Jurisdicción Ordinaria Laboral, o si por el contrario la competencia la tiene la Jurisdicción Contenciosa Administrativo.

Revisado el expediente se advierte que i) mediante la Resolución GNR 362761 del 13 de octubre de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) reconoció al demandado pensión de vejez por la suma de \$ \$743.295, valor que fue reajustado a través de la Resolución GNR 111883 del 20 de abril de 2015, elevando la cuantía a \$746.431; ii) el 21 de febrero de 2017 el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en proceso ordinario, ordenando un incremento pensional del 14% de un SMLMV por la compañera permanente del señor Hernando Callejas; iii) según consulta procesal realizada por este despacho, la sentencia antes mencionada fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 28 de marzo de 2017; iv) de las resoluciones con las cuales se resuelven solicitudes de reajuste pensional, se vislumbra que el señor Hernando Callejas laboró de manera exclusiva para entidades privadas y para personas particulares.

Así, de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al plenario por la entidad accionante, las manifestaciones dadas por la parte demandada y atendiendo a que la Jurisdicción Ordinaria Laboral tanto en primera como en segunda instancia se abrogó la competencia para conocer acerca de las controversias pensionales del señor Hernando Callejas, se puede concluir por esta Sala que el demandado hace parte del grupo de trabajadores oficiales.

En esos términos, al tratarse de un trabajador oficial, la competencia para estudiar el presente asunto recae en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, toda vez que, en sus especialidades laboral y seguridad social, conoce de “las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

Asimismo, tenemos que en el numeral 4 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, quedaron excluidos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.

Sobre el particular, traemos a colación el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, efectuado en providencia del 28 de marzo de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, radicado 11001-03-25-000-2017-00910-00 (4857), en el que se explicó ampliamente que la controversia que se genera sobre el reconocimiento de prestaciones o liquidación laboral que realiza cualquier entidad pública frente a un trabajador oficial, independientemente de que aquel o aquella se haga a través de acto administrativo, el litigio lo resuelve el juez especializado del contrato de trabajo, en atención a las reglas fijadas por el legislador para la distribución de competencias entre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social.

En ese orden de ideas, como el caso bajo estudio se trata de un trabajador oficial, esta Corporación carece de competencia para conocer de las pretensiones de la demanda presentada por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) contra el señor Hernando Callejas, por lo que resulta preciso remitirla a la Jurisdicción Ordinaria del Circuito de Bogotá<sup>3</sup> en sus especialidades laboral y de seguridad social, tal como lo dispuso el juez de primera instancia.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón al *a quo* en la decisión proferida el 5 de junio de 2019, por lo que se confirmará la providencia recurrida, por las razones expuestas.

Por lo expuesto, se

### **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** el auto de 5 de junio de 2019, proferido en audiencia inicial por el

---

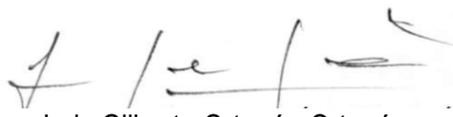
<sup>3</sup> El artículo 8º de la Ley 712 de 2001 prevé: “*En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante*”.

Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-019-2018-00224-01  
Demandante : **Ester Sofia Gutiérrez Caballero**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 72 a 77) contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 61 a 71).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** La señora Ester Sofía Gutiérrez Caballero, a través de apoderada, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare i) la nulidad de la Resolución 3174 de 14 de junio de 2011, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, por la cual se reconoció la pensión de la actora, sin incluirle la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios ii) la existencia del silencio administrativo y, su consecuente nulidad, en razón a que la entidad no ha emitido pronunciamiento de fondo a la petición radicada el 5 de octubre de 2017 con el consecutivo 20170322630932, en lo que concierne a la solicitud de reintegro de los descuentos que se le efectuaron para salud sobre las mesadas adicionales.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada (i) reajustarle la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, esto es, del 23 de agosto de 2009 al 22 de agosto de 2010, específicamente en el sentido de que además de los factores reconocidos incluirle la prima especial y la prima de navidad; (ii) reintegrarle la suma descontada en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año desde que causó el derecho pensional y hasta la expedición de la sentencia; (iii) suspender los descuentos de salud sobre la mesada pensional de junio y diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia; (iv) pagar los reajustes que se causen con ocasión de la inclusión de todos los factores salariales, con el respectivo descuento de lo ya cancelado; (v) indexar las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación, con aplicación del IPC certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento pensional y hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y (vi) cancelar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.-** La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Nació el día 22 de agosto de 1955 y desde el 30 de mayo de 1988 laboró como docente al servicio del Estado.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 3174 del 14 de junio de 2011 reconoció a su favor una pensión de jubilación, donde se le únicamente se le incluyó el sueldo y la prima de vacaciones.

El 18 de diciembre de 2017 a través del consecutivo E-2017-220742/2017-PENS-515706 petitionó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio revisar su pensión de jubilación en razón a que no le fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales que percibió. Solicitud que fue negada por medio de la Resolución 3822 del 13 de abril de 2018.

Desde el primer día de pago de las mesadas pensionales le han descontado para salud sobre las mesadas adicionales, sin que exista una norma vigente que así lo ordene. Por ello, el 5 de octubre de 2017 a través del radicado 20170322630932 petitionó ante la accionada reintegrar los dineros descontados en exceso por concepto de salud en mesadas adicionales.

No obstante, la entidad demandada no se ha pronunciado en relación con el reintegro y suspensión de dichos dineros, puesto que en Oficio 20170931361011 del 31 de octubre de 2017 solo adjuntó extracto de los valores descontados por salud.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte actora citó como normas violadas por el acto censurado los artículos 2º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; así como las Leyes 57 y 153 de 1887; 71 de 1988; 91 de 1989; 4ª de 1992; 100 de 1993; 812 de 2003; y el Decreto 1073 de 2002.

Para el efecto, expuso que legalmente tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación regida por la Ley 33 de 1985, la cual ordena su reconocimiento en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el año anterior al retiro del servicio, donde debe considerarse los medios de prueba que la ley señala como válidos y pertinentes.

Por otro lado, sostuvo que no son procedentes los descuentos de salud en las mesadas adicionales de cada año, comoquiera que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente dicho descuento, al remitir a la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, reglamentos que no contemplan esos descuentos para salud en las mesadas adicionales. Por tanto, corresponde a un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales, lo que constituye un abuso, ya que bajo ningún pretexto desde el punto de vista fáctico o de hecho puede existir descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, motivo por el que los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 48 a 53) La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda de manera oponiéndose a las pretensiones de la demanda señalando que se debe tener en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, donde se ratifica que no debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales la demandante efectuó aportes para pensión durante el último año de servicio.

Señaló que la Ley 1250 de 2008, dispuso en su numeral 1º, que modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 14 de febrero de 2019 (fs. 61 a 71) negó las pretensiones de la demanda al colegir que para el caso de los docentes a pesar de encontrarse excluidos de la Ley 100 de 1993, en virtud de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento prestacional deberá realizarse teniendo en cuenta la subregla de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que exige la realización de aportes sobre los factores a reconocer en la prestación, por lo que la pretensión de tener todos los factores salariales devengados en el último año status o de servicio resulta improcedente.

Manifestó que frente a los descuentos en salud del 12 % sobre las mesadas ordinarias y adicionales que se efectúa sobre las mesadas pensionales, son viables pues la prestación esta condicionada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, con el fin de que se garantice la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 72 a 77), en el sentido de discutir, entre otras cosas, que le asiste derecho a que se le incluyan todos los factores salariales percibidos por la demandante en el año inmediatamente anterior al status pensional.

Para ello, sostuvo que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 debe aplicárseles la Ley 91 de 1989, que remite a la Ley 33 de 1985. Así mismo, frente a la sentencia de unificación proferida por la sala plena del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, señaló que la misma no aplica a los docentes al servicio del estado, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vincularon antes del 26 de junio de 2003, quienes están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por la misma ley y su régimen pensional esta previsto en la Ley 91 de 1989, razón por la cual estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

Indicó que frente a los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, no deben ser susceptibles del descuento que se les ha venido efectuando el cual ha sido destinado al

pago de la cotización al sistema de seguridad social en salud pues la norma señala que estas mensualidades adicionales, no deben ser susceptibles a un doble descuento a su pensión pues se está pagando un 24% y no el 12% dispuesto legalmente para cada uno de los meses.

Concluyó diciendo que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, donde no se contemplan dichos descuentos para salud en las mesadas adicionales, por lo que este doble descuento es ilegal y constituye un abuso.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 8 de marzo de 2019 (fl. 79) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 19 de julio de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 4 de octubre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (fl. 97). Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.-** (fs. 99 a 105) Insistió en lo que expuso en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, además de ello sostuvo que en lo que se refiere a los aportes a pensión, el empleador fue el que omitió realizarlos y eso no puede afectar su derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que le fue reconocida por la entidad demandada de conformidad con la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la totalidad de los factores percibidos de manera habitual como trabajador.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional y si le asiste derecho o no para reclamar, la devolución de los descuentos por salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como la suspensión de dichos descuentos.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, en el sentido de que a la actora le asiste derecho al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, pero no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con factores diferentes a los que fueron objeto de cotización, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de*

---

*queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».*

*servicio.*

*[...]».*

A su vez, la Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hace una distinción entre el personal docente nacional, nacionalizado y territorial de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.*

*3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

*[...]*

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley».*

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme con lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de

jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que ha venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

El Consejo de Estado con ponencia del magistrado Tarsicio Cáceres Toro, en sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 2002 – 0594, precisó:

*«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen ‘ordinario’, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional ‘ordinaria’ pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93’.*

[...]

*La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: ‘El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley’. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen ‘especial’; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula ‘Régimen Especial de los Educadores Estatales’, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen*

*de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones 'generales' de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales».*

Dicho brevemente, la Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994, y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificadorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios».*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...]»*

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así las cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o

territoriales.

- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Frente a los descuentos en salud**, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>2</sup>, 732 de 1976<sup>3</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

<sup>2</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2°:

*«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento e éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).*

*Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».*

**PARÁGRAFO.** *Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».*

<sup>3</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

*«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:*

*1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*

*2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria...».*

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negritas fuera de texto).*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>4</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización...»<sup>5</sup>.*

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

---

<sup>4</sup> La Ley 1122 de 2007, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

<sup>5</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

[...]

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

***Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales»*** (negritas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>6</sup>, preceptúa:

***«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.***

[...]

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de*

---

<sup>6</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>7</sup>.*

En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Cédula de ciudadanía de la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero, en la que se observa que nació el 22 de agosto de 1955 (f. 3).

b) Resolución 3174 de 14 de junio de 2011, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la docente Ester Sofia Gutiérrez Caballero una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.823.039, a partir del 23 de agosto de 2000 (fs. 4 y 6).

c) Derecho de petición radicado el 18 de diciembre de 2017 por la demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales, específicamente las primas de navidad y especial y el reintegro de los descuentos para salud de las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre (fs. 8 a 10).

d) Resolución 3822 de 13 de abril de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó el reajuste de la pensión de jubilación de la docente Ester Sofia Gutiérrez Caballero al considerar que no le asistía derecho (fs. 11 y 12).

e) Solicitud presentada el 5 de octubre de 2017 por la actora, con el fin de que la entidad demandada suspendiera y reintegrara los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año que se le han realizado desde el primer pago de la pensión (f. 13).

f) Oficio 20170931361011 del 31 de octubre de 2017 expedido por la Fiduprevisora S.A., en el que indicó que adjuntaba los extractos de pago donde se evidenciaban los valores recibidos, descuentos efectuados y fecha de pago (fs. 14 a 17).

g) Formato único para expedición de certificado de salarios, del que se desprende que la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2009 y el 30 de diciembre de 2010, donde percibió los siguientes factores: salario, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad. Al respecto, se observa que únicamente sobre el salario y la prima de vacaciones la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. certificó que se cotizaba para seguridad social (fl. 18).

h) Formato único para expedición de certificado de historia laboral, del que se extrae que la aquí demandante se vinculó como docente desde el 30 de mayo de 1988 (fs. 19 y 20).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la demandante estuvo vinculada laboralmente como docente desde el 30 de mayo de 1988, asimismo se demostró que la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero nació el 22 de agosto de 1955, por lo que adquirió su status jurídico de pensionada el 22 de agosto de 2010, fecha en la que cumplió 55 años de edad y acreditaba más de 20 años de servicio.

Asimismo, se encuentra que la entidad accionada al momento de realizar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la actor tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, con inclusión de la asignación básica, prima de vacaciones, esto es, sin tener en cuenta las primas de navidad y especial, las cuales fueron devengada como factores salariales, según se evidencia en el formato único para la expedición de salarios que obra a folios 18 del expediente.

En ese sentido, se tiene que la demandante en su calidad de docente, con fecha de ingreso anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 30 de mayo de 1988, se encuentra regido por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por tanto, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular de la demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio, siempre que se encuentren relacionados en el

artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, tal como lo dispuso el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Ahora bien, frente a los descuentos por salud, en las mesadas adicionales de junio y diciembre comoquiera que se encuentra probado que la demandante recibe las mesadas adicionales de junio y diciembre y que a estas se le efectúan descuentos por salud, resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a los citados descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio del mismo año.

De otra parte, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión desde el 23 de agosto de 2010; que la accionante presentó la solicitud de suspensión y reintegro de las mesadas adicionales en cuanto a los aportes dobles de salud el 5 de octubre de 2017; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 5 de octubre de 2014, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

En consideración a lo anterior, no hay lugar a acceder a lo pretendido por la parte demandante frente a la reliquidación de la pensión, puesto que su inconformidad radica en que la accionada al liquidar su pensión no incluyó las primas de navidad y especial, factores que no eran objeto de inclusión por no encontrarse enlistados en la Ley 62 de 1985, ya que como quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en la citada Ley 62 y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el caso concreto, pero se accederá a la pretensión frente a los descuentos adicionales en salud de junio y diciembre de conformidad a lo dicho anteriormente.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el

artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará parcialmente la sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo respecto a la pretensión de la suspensión y reintegro de las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud.

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

#### **FALLA:**

**Primero.- Revocar parcialmente** la sentencia proferida el catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo respecto a la pretensión de la suspensión y reintegro de las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, y en su lugar,

**Segundo.- Declarar** la existencia del acto ficto o presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la petición presentada por la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero el 5 de octubre de 2017, con la cual solicitó de la demandada la suspensión y reintegro de las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud.

**Tercero.- Declarar** la nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la ausencia de respuesta a la petición radicada por la actora el 5 de octubre de 2017.

**Cuarto.-** Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que proceda, reintegrar a la demandante Ester Sofia Gutiérrez Caballero, los dineros que por

concepto de aportes obligatorios de salud haya descontado de la mesada adicional de junio y diciembre desde el 5 de octubre de 2014, dado que operó la prescripción trienal de las mesadas, conforme se expuso en la parte motiva.

**Quinto.-** Ordenar a la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión inmediata de los descuentos de salud que efectuó a la señora Ester Sofia Gutiérrez Caballero, de sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

**Sexto.-** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Séptimo.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-050-2018-00534-01  
Demandante : **María Clemencia Carvajal Villamil**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Descuento en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre  
Actuación : Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró probada la excepción de «*inepta demanda*» y dio por terminado el proceso.

## I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de 2 de julio de 2019 proferido en audiencia inicial por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá (fs. 49 a 54 y CD en f. 70), mediante el cual se declaró probada la excepción de «*inepta demanda*», y en consecuencia dio por terminado el proceso.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de diciembre de 2018, la señora María Clemencia Carvajal Villamil, presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fs. 7 a 14), con el fin de que se declare la existencia y posterior nulidad del silencio administrativo negativo, derivado de la petición radicada el 23 de noviembre de 2017 ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se solicitó la devolución y suspensión de los descuentos adicionales por concepto de salud en las mesadas

de junio y diciembre.

Como consecuencia de la anterior nulidad solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reintegrar todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición del status jurídico de pensionado, esto es, desde el 7 de mayo de 2004 hasta la fecha, y a suspender los descuentos en mención; ii) indexar los valores de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando la variación del IPC; iii) dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; y iv) condenar en costas y gastos procesales.

Mediante auto de 17 de enero de 2019 (f. 17 y 17 vto.), el Juez Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, admitió la demanda, ordenando notificar personalmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al agente del Ministerio Público.

El 2 de julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial, mediante la cual el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, resolvió las excepciones previas propuestas por la entidad demandada, declarando probada la de inepta demanda. Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó dentro de la misma diligencia.

### **III. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En providencia de 2 de julio de 2019, el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de inepta demanda y en consecuencia dio por terminado el proceso de la referencia. (f. 49 a 54).

Empezó por considerar que la demandada a través del Oficio S-2017-202440 del 11 de diciembre de 2017, dio respuesta de fondo de manera negativa a la petición presentada por la accionante el 23 de noviembre de 2017, por cuanto según lo argumentado conforme a la normativa que se expresó, era de obligatorio cumplimiento para la entidad realizar el descuento del valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales de los docentes.

Agregó que dicho acto administrativo fue puesto en conocimiento de la parte accionante, toda vez que, de acuerdo con lo verificado en el Oficio S-2017-202440 del 11 de diciembre de 2017, según el sello que se observa del Centro Comercial y Residencial BARICHARA, TORRE B.

Advirtió que no operó el silencio administrativo negativo, en vista de que la administración si dio contestación dentro del término que disponía para tal efecto.

Sostuvo que la falencia advertida en la demanda que dio origen al presente proceso impide decidir sobre las pretensiones, pues indicó que no puede pronunciarse oficiosamente sobre la validez de un acto que no ha sido demandado y que define una situación jurídica particular y concreta.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la referida decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación por cuanto consideró que si bien es cierto que las pretensiones persiguen la existencia y nulidad del silencio administrativo de una reclamación presentada ante la entidad demandada el 23 de noviembre de 2017, también lo es que la respuesta dada por la entidad a esa petición no fue de fondo.

Adujo que el acto administrativo expedido por la demandada no menciona lo peticionado por la demandante en lo que se refiere a la devolución por descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

#### **V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>1</sup>, se concedió en la mencionada audiencia de 2 de julio de 2019 (fs. 49 a 54).

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

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

(...)

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

## VI. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 180 (numeral 6°) de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto dictado en audiencia inicial de 2 de julio de 2019, por medio del cual el Juzgado Cincuenta (50 ) Administrativo del Circuito de Bogotá dio por terminado el proceso al declarar que prosperaba la excepción de inepta demanda por no deprecar el control de legalidad del acto administrativo que le definió la situación jurídica a la actora.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón jurídica al juez de primera instancia al declarar probada la excepción de inepta demanda y dar por terminado el proceso por cuanto consideró que en el presente caso no operó el silencio administrativo negativo, en vista de que la accionada sí dio contestación dentro del término que disponía para tal efecto.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará el auto que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, atendiendo a las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Marco Normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Cabe precisar que el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, contiene las reglas a las que se sujeta la audiencia inicial, entre otras cosas frente a la decisión de excepciones previas sostiene que el juez o magistrado de oficio o a petición de parte, resolverá las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

---

<sup>2</sup> «Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

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 auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso».

Adviértase que el legislador omitió mencionar los medios exceptivos contemplados en el artículo 100 del Código General del Proceso, sin embargo en virtud de la remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es procedente que en la etapa procesal mencionada el juez o magistrado pueda decidir sobre las anomalías previas contenidas en la norma civil.

Descendamos a las particularidades de la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, contenida en el numeral 5 de la Ley 1564 de 2012, la cual puede configurarse cuando se incumplen las cargas procesales previstas en el Capítulo III del Título V de la Ley 1437, aparte normativo que prevé los requisitos de la demanda.

Comencemos por decir que dentro de las imposiciones procesales contenidas en el estatuto administrativo, se requiere entre otras cosas que la demanda exprese con precisión y claridad lo que se pretenda; que al solicitar la nulidad de un acto administrativo, este se individualice con toda precisión y sobre el mismo debe haber ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley, fueren obligatorios.

Aunado a lo anterior el artículo 138 que reglamenta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho habilita a cualquier persona a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para atacar la legalidad de actos administrativos de carácter particular que lesionen su derecho subjetivo.

El artículo 43 del CPACA contiene la definición de los actos definitivos como aquellas decisiones que directa o indirectamente resuelvan el fondo una situación jurídica particular. Bien pareciera por lo anterior que existe otro tipo de decisiones administrativas que merecen una descripción somera con el fin de determinar la procedencia o no del control judicial deprecado.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en asuntos similares se ha determinado que los actos administrativos se pueden clasificar en definitivos, preparatorios o de trámite y de ejecución, veamos su definición:

*«(i) Definitivos, como aquellos que contienen la declaración de voluntad, dirigida al ejercicio de la función administrativa, que producen efectos jurídicos; en otras palabras, que crean, reconocen, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas; (ii) preparatorios o de trámite, que tienen como objeto impulsar un procedimiento administrativo sin que esto implique la determinación de una situación jurídica concreta, y (iii) de ejecución, que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado».*

Ahora es oportuno indicar que jurisprudencialmente se ha sostenido que solamente son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los actos definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y excepcionalmente los actos de trámite, siempre que hagan imposible proseguir la actuación administrativa; pues éstos, son los que contienen la voluntad de la administración y tienen trascendencia en el mundo jurídico.

**Acervo probatorio.** - Del material probatorio relevante para resolver el recurso de apelación objeto de estudio, tenemos:

a) Cédula de ciudadanía de la señora María Clemencia Carvajal Villamil, en la que se observa que nació el 6 de mayo de 1949 (f. 2).

b) Resolución 02456 del 31 de agosto de 2005, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales reconoció a favor de la demandante la pensión de jubilación (fs. 3 a 4 vto).

c) Derecho de petición radicado por la parte accionante ante la demandada el 23 de noviembre de 2017, con el que solicitó la devolución de los descuentos por concepto de salud realizado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la suspensión de estos (f. 5).

d) Extracto de pagos desde el 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016, de la señora Carvajal Villamil, en el que constan los descuentos de mesadas adicionales (f. 6).

e) Oficio S-2017-202440 del 11 de diciembre de 2017, por medio del cual la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, i) adujo que la Secretaría de Educación de Bogotá va hasta el reconocimiento mediante acto administrativo de las prestaciones sociales solicitadas por los docentes, más no del pago de las mentadas prestaciones sociales, y mucho menos los

descuentos por salud del 12% de la mesada pensional, los cuales son competencia de la Fiduprevisora S.A.; y ii) citó las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993, para posteriormente negar la petición indicando que la Fiduprevisora S.A. «[...] manifiesta que las normas y disposiciones anteriormente citadas son de obligatorio cumplimiento para los entes comprometidos en el reconocimiento y pago de prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, y en ellas claramente se establece el valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales devengadas por los educadores. [...] Que, frente a este tema, la entidad fiduciaria expresa de forma textual [...] que “La Ley 91 de 1989, norma que consagra el régimen especial de los docentes, determinó que con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo. [...] por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que le son más favorables, pues estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docente y por ende creando un nuevo régimen [...]”». Dicho acto administrativo tiene sello de recibido del Centro Comercial y Residencial BARICHARA TORRE B, con fecha del 21 de diciembre de 2017 (fs. 48 y 48 vto).

**Caso concreto.** - Para desatar el problema jurídico, la Sala procederá a estudiar si el Oficio N° S-2017-202440 del 11 de diciembre de 2017 era el acto definitivo que debía demandarse en este caso, o si lo era el acto ficto que fue demandado.

Revisado el expediente se advierte que i) mediante la Resolución 02456 del 31 de agosto de 2017, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la docente Carvajal Villamil pensión de jubilación por concepto de \$ 1.272.858; ii) el 23 de noviembre de 2017 la señora María Clemencia Carvajal Villamil petitionó ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la devolución de los valores descontados por conceptos de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre; iii) Oficio N° S-2017-202440 del 11 de diciembre de 2017, a través del cual la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá pretendió dar respuesta a la petición antes mencionada.

En el presente asunto la parte actora persigue que se declare la existencia y nulidad del acto ficto que a su juicio se configuró por la falta de respuesta de la petición de devolución de

los dineros descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre y la suspensión de estos, radicada ante la accionada el 23 de noviembre de 2017.

Sobre el particular el juez de primera instancia resolvió declarar la ineptitud de la demanda y dar por terminado el proceso, al considerar que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá contestó de manera desfavorable el derecho de petición incoado por la actora. Como soporte de dicha decisión asentó que en la presunta respuesta de la petición se adujo que en dicha respuesta se indicó que era de obligatorio cumplimiento para la entidad realizar el descuento del valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales de los docentes.

En ese orden, la Sala después de estudiar los memoriales obrantes a folios 48 y 48 vto del plenario, concluye que en dicho escrito se conceptuó sobre las funciones a cargo de la Secretaria de Educación de Bogotá y las competencias a ella asignada, y además se resolvió de fondo la petición realizada por la señora María Clemencia Carvajal Villamil, esto es negando su derecho a la devolución del valor de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la suspensión de los mismos.

En esas condiciones, es claro que la parte demandante incurrió en un defecto procesal que impide el pronunciamiento de fondo, como quiera que acusó de nulidad un acto ficto que no existe jurídicamente y, que por tanto no puede ser anulado por esta jurisdicción para generar el restablecimiento del derecho pretendido. Por el contrario, conforme al acervo probatorio relacionado, es claro que existió un acto expreso que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a la situación jurídica de la señora Carvajal Villamil, el cual bien pudo demandar para el análisis de su legalidad, toda vez que tenía conocimiento del mismo.

Sin embargo, como la parte demandante no lo hizo, no podría continuarse con el proceso, pues en ninguna forma es posible adecuar el trámite para estudiar la legalidad de un acto inexistente, en tanto no nació a la vida jurídica el acto ficto acusado, o para incluir actos no atacados, no solo porque era carga de la parte demandante indicar con claridad aquellos frente a los cuales pretende la nulidad, al tenor de lo previsto en el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, sino porque ello vulneraría el derecho de defensa de la entidad demandada.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón al *a quo* en la decisión proferida el 2 de julio de 2019, por lo que se confirmará la providencia recurrida, por las razones expuestas.

Por lo expuesto, se

**RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** el auto de 2 de julio de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y dio por terminado el proceso, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2018-01180-00  
Demandante : **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**  
Demandado : Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega y otro  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad)  
Tema : Reconocimiento pensión

Procede la Sala a dictar sentencia que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia, conforme al mandato de la Ley 1437 de 2011.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por conducto de apoderada judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acude ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad de la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, proferida por el Instituto de Seguro Social, a través de la cual se reconoció la pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, a i) devolver lo pagado por concepto de pensión de vejez a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados de la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, hasta que se ordene la suspensión provisional o se declare su nulidad; ii) indexar y reconocer los intereses a que haya lugar teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

**Fundamentos Fácticos.** - La entidad demandante señaló como soporte del presente medio de control, los siguientes hechos:

La señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega nació el 3 de febrero de 1948.

A través de la Resolución 59356 del 15 de noviembre de 2006, la entidad Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social, le reconoció una pensión de vejez a la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, efectiva a partir del 21 de febrero de 2005, en cuantía de \$1.307.125.

Colpensiones le reconoció también la pensión de vejez mediante Resolución 051080 de 30 de noviembre de 2006 de conformidad con el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$1.832.447, liquidación que se basó en 1.366 semanas cotizadas, advirtiendo que los tiempos calculados para reconocer la pensión de vejez con hoy Ugpp, también fueron tenidos en cuenta con el I.S.S hoy Colpensiones, para los periodos cotizados con el empleador Sena del 09 de marzo de 1981 al 30 de marzo de 1994 y del 01 de abril de 1994 al 23 de febrero de 2005.

Mediante auto de prueba APSUB 635 del 14 de febrero de 2018, a la señora demandada, se le solicitó el consentimiento para revocar la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, por ser incompatible con la prestación reconocida con la Ugpp, quien a través de apoderado judicial contestó manifestando que niega dicha autorización de revocatoria.

Mediante la Resolución SUB 81027 del 26 de marzo de 2018, se remite la Resolución No. 051080 del 30 de noviembre de 2005, a la dirección de procesos judiciales de Colpensiones, para que se inicie las acciones legales.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** La entidad demandante citó como norma violadas el artículo 128 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992 y la Ley 100 de 1993.

Indicó que los tiempos que fueron tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez de la Ugpp, también fueron tenidos en cuenta por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para los periodos cotizados como empleador Sena del 9 de marzo de 1981 al 30 de marzo de 1994 y del 1 de abril de 1994 al 28 de febrero de 2005, sin que se evidenciara

compatibilidad pensional con el empleador SENA, por lo que resulta incompatibles dichas prestaciones.

## II. TRÁMITE PROCESAL

Revisado el expediente de la referencia, se advierte que la demanda fue admitida a través de auto de 11 de diciembre de 2018 (fs. 28 y 19), en el que se ordenó la notificación personal a la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, al representante legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), a la directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público; así mismo se dispuso dar traslado de la demanda por 30 días.

**Contestación de la demanda.** - Dentro del término legal concedido a las demandadas, estas contestaron la demanda señalando lo siguiente:

**La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp.-** (fs. 52 a 55) Se opuso a las pretensiones de la demanda solicitando se exonere de toda responsabilidad, pero indicó que es procedente revocar uno de los dos actos administrativos que le reconocieron la pensión con fundamento en el numeral 1 y 2 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, por lo que por principio de favorabilidad se debe proceder a solicitar el consentimiento para revocar la Resolución 59356 del 15 de noviembre de 2006, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en liquidación, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a la demandada.

**La señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega** (fs. 84 a 109) Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la demandada si bien es cierto tiene dos pensiones, una fue solicitada y reconocida por Cajanal por los servicios que prestó al estado en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales en el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 1971 al 31 de mayo de 1995 y la otra pensión fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales por su trabajo y aportes pensionales que realizó como empleada de la Empresa Americana de Servicios Ambientales y Petroleros del 25 de agosto de 1970 al 5 de agosto de 1971 y como

docente del Sena desde el 9 de marzo de 1981 al 30 de noviembre de 2006, por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

Señaló que la pensión de vejez de Cajanal y la de vejez del ISS no son incompatibles, puesto que la reconocida por Cajanal proviene del tesoro público por los servicios prestados al estado y fue reconocida conforme a la Ley 33 de 1985 y la otra pensión fue reconocida por tiempos de servicios diferentes en el sector privado.

Indicó que lo único que ha hecho la entidad demandante es afirmar que la demandada tiene dos pensiones de vejez, una reconocida por Cajanal y la otra reconocida por el Instituto de Seguro Social, pero no ha verificado si son iguales, no solo en el tiempo sino en las cotizaciones y en el monto, por lo que concluye que la pensión por aportes que recibe no proviene del tesoro público por lo que no es inconstitucional y tampoco ilegal.

**Audiencia inicial** (folios 190 a 195). El 24 de septiembre de 2019, se celebró la audiencia prevista en el artículo 180 (numeral 1) de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia. En esta diligencia se fijó el litigio, consistente en determinar si a la entidad accionante le asiste razón jurídica o no al pretender la nulidad del acto administrativo que le reconoció una pensión de vejez, por parte del Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones al considerar que la señora Bernardita Rodríguez de Vega goza de otra pensión reconocida por Cajanal hoy Ugpp, o si por el contrario el acto administrativo fue ajustado a derecho.

En el acápite de medidas cautelares se advirtió que la medida cautelar propuesta, fue resuelta mediante providencia del 11 de abril de 2019, en el sentido de decretar la suspensión provisional del acto administrativo acusado, lo cual obra en el cuaderno de medidas cautelares. Se le concedió valor probatorio a las pruebas que obraban en el plenario y se decretó una prueba solicitada por la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp).

Finalmente, mediante auto de fecha veinte (20) de enero de 2020, una vez allegada la prueba decretada se ordenó declarar terminada la etapa probatoria y se corrió traslado de alegatos de conclusión por escrito, oportunidad aprovechada por las partes demandadas.

**Parte vinculada como litis consorte necesaria Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (fs. 218 a 220)**

Ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda, reiterando que la señora Bernardita Rodríguez se encuentra gozando de una pensión reconocida por Cajanal hoy Ugpp, por el tiempo laborado en el SENA dentro del periodo comprendido entre el 9 de marzo de 1981 al 28 de febrero de 2005, prestación que se encuentra activa, señalando que se debe tener en cuenta que el artículo 128 de la Constitución Política establece que está prohibido percibir doble asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado y por último manifestó que no debió ser llamada en calidad de vinculada como litis consorte comoquiera que se pretende es la nulidad de un acto administrativo expedido por Colpensiones.

**Parte demandante** (fs. 221 a 233) Insistió en los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y manifestó que no es cierto que esté recibiendo dos pensiones de vejez, causadas por el mismo tiempo de servicios y provenientes del tesoro público, lo anterior como quiera que la pensión de jubilación que percibe la actora por parte de Cajanal hoy UGPP es proveniente del tesoro público, dado que corresponde a los servicios que prestó al Estado, en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, en el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 1971 y 31 de mayo de 1995, pero no sucede lo mismo con la pensión de vejez que le reconoció el ISS hoy Colpensiones, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, donde indicó que las pensiones que pagaba el ISS hoy Colpensiones, no provienen del tesoro público, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **III. CONSIDERACIONES**

**Competencia.** Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en primera instancia, de acuerdo con lo regulado por el artículo 152 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si a la entidad demandante le asiste derecho en solicitar la nulidad de la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, proferida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones por medio de la cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez

de Vega, por considerar que goza de otra pensión de vejez proveniente del tesoro público reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal hoy Ugpp, o si dicho acto continúa gozando de presunción de legalidad y si hay lugar o no a la devolución de dineros por concepto de mesadas pagadas.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido de que el acto acusado es ilegal por cuanto se le reconocieron dos pensiones provenientes del tesoro público, sin embargo, no habrá lugar a la devolución de dineros por cuanto estos fueron recibidos de buena fe.

**Marco Jurídico.** - Procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución que en derecho corresponda respecto del caso concreto.

La Constitución Política de 1991 en el artículo 128, consagró la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público señalando lo siguiente:

*«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas».*

Así mismo, la Ley 4 de 1992, *«Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política»*, entre otras disposiciones, dispuso en el artículo 19 lo siguiente:

*«Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud; F*

- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.*

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

De la normatividad que se citó anteriormente se advierte que no es posible acceder a dos asignaciones del sector público salvo en los casos que se mencionaron, esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C – 133 del 1º de abril de 1993 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

#### **- Incompatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del tesoro público**

El Decreto 1848 de 1969 en su artículo 77 establecía la incompatibilidad del goce de la pensión de jubilación proveniente de servicios prestados en el sector público con una asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, o cualquiera que sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio.

Así mismo el artículo 49 del Decreto 758 de 1990 estableció que *«Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles: a) Entre sí; b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas».*

La anterior norma fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de abril de 1995 en la parte que señalaba que: *«a) Entre sí; b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público»* basándose en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que señaló al respecto lo siguiente:

*«[...] estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las*

*dos pensiones sean compatibles [...]»<sup>1</sup>*

Por lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos o entidades privadas.

Por lo tanto, cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público o se vean involucrados dineros que provienen del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, la pensión que sea, sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.

**Acervo probatorio.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Copia del expediente administrativo de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega (CD f. 5).

b) Derecho de petición presentado el 14 de febrero de 2006 por la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega ante la Caja Nacional de Previsión Social, en el que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 por el tiempo laborado en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales (fs. 64 a 66 y 113 a 115).

c) Derecho de petición presentado el 29 de agosto de 2006 por la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega ante el Instituto de Seguros Sociales, en el que solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, por el tiempo laborado entre el 25 de agosto de 1970 al 5 de agosto de 1971 en la empresa Americana de Servicios Ambientales y Petroleros y entre el 9 de marzo de 1981 al 28 de febrero de 2005 en el Sena Regional Bogotá (fs. 67 a 70 y 128 a 131).

d) Certificado de factores salariales expedidos por la coordinadora de recursos humanos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales en el periodo comprendido entre el 1º de enero de

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 27 de enero de 1995, rad. 7109, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

1994 al 31 de mayo de 1995 (fs. 72 a 74 y 116 a 119).

e) Resolución 59356 del 15 de noviembre de 2006, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social hoy Ugpp, reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, al considerar que cumplía con los requisitos de Ley, en la cual se relacionan los siguientes tiempos de cotización (fs. 75 a 79 y 132 a 136):

Entidad Laboró	Desde	Hasta	Novedad	Días
Fondo Nacional de Caminos Vecinales	1971-08-10	1981-03-08	tiempo servicio	3449
Sena	1981-03-09	1994-02-30	tiempo servicio	2351
Fondo Nacional de Caminos Vecinales	1981-03-09	1994-03-30	tiempo servicio	2351
Fondo Nacional de Caminos Vecinales	1994-04-01	1995-05-30	tiempo servicio	210
Sena	1994-04-01	1995-05-30	tiempo servicio	210
Sena	1995-06-01	2005-02-28	tiempo servicio	3508
TOTAL				12079

f) Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, por medio de la cual el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, al considerar que cumplía con los requisitos de Ley (fs. 80 y 137).

g) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, donde consta que nació el día 3 de febrero de 1948.

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la entidad demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto referido, se condene a la accionada a i) devolver lo pagado por concepto de pensión de vejez e ii) indexar y reconocer los intereses a que haya lugar de las sumas que resulten reconocidas a favor de la accionante.

En el presente caso, se tiene que Colpensiones reconoció una pensión de vejez a la demandada a partir del 30 de noviembre de 2006, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Por su parte, la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, en su escrito de contestación a la demanda manifestó que si bien es cierto si tiene dos pensiones, pero una fue solicitada y reconocida por la extinta Cajanal por los servicios que prestó al estado en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y la otra pensión fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales por su trabajo y aportes pensionales que realizó en el Sena y como empleada de la Empresa Americana de Servicios Ambientales, por lo tanto insiste en que tiene derecho a las dos pensiones por ser de tiempos diferentes y por ser sólo una de aportes al erario público.

En ese orden, se tiene que la controversia planteada se circunscribe a establecer si a la entidad accionante le asiste razón jurídica o no al precisar que la demandada no tiene derecho a la pensión de vejez, por considerar que goza de otra pensión de vejez proveniente del tesoro público reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal hoy Ugpp y si la misma fue reconocida con los mismos tiempos cotizados.

En primer lugar, del acervo probatorio allegado al plenario, se logra establecer que mediante la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, del contenido de la misma se indica que el último empleador fue el SENA regional Bogotá; ahora bien mediante la Resolución 59356 del 25 de enero de 2007, la Caja Nacional de Previsión Social hoy Ugpp, le reconoció una pensión de vejez en el cual dentro del contenido de la misma se observa que los periodos cotizados que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento, fueron los tiempos laborados tanto del Fondo Nacional de Caminos Vecinales

como los laborados en el Sena, conforme a lo indicado en el acápite de pruebas de esta providencia.

Por tal razón, tal como lo afirma la entidad accionante, así como la entidad vinculada Ugpp, los tiempos cotizados y que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez reconocida por el entonces Cajanal fueron los cotizados tanto al Fondo Nacional de Caminos Vecinales como los laborados en el Sena los cuales se relacionaron en la Resolución 59356 de 25 de enero de 2007.

Sumado a lo anterior, si bien es cierto que, la demandada señaló en la contestación y en los alegatos que los tiempos cotizados son en entidades diferentes en cada una de las pensiones reconocidas, indicando que el tiempo laborado en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales fue el reconocido para la pensión de Cajanal y el tiempo laborado en el Sena fue para la pensión reconocida por el Instituto de Seguros sociales, también lo es que, las dos entidades para las cuales cotizó son estatales y por lo tanto sus cotizaciones provienen del erario público.

Por lo tanto, si existe una incompatibilidad pensional, pues el acto de reconocimiento pensional proferido por Cajanal, tuvo en cuenta los mismos periodos de cotización para el reconocimiento de las dos pensiones de vejez como lo afirma la entidad demandante y la entidad vinculada, y sumado a lo anterior los tiempos tenidos en cuenta corresponden al sector público en el caso de Cajanal por el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, y por parte de Colpensiones los laborados en el Sena, entidades que como ya se dijo son del sector público.

Ahora, frente a la pretensión de la devolución de los dineros recibidos por concepto de la pensión de vejez, la Sala considera que debe prevalecer el principio de la buena fe que constituye un postulado de trascendencia constitucional que enmarca el desarrollo de las relaciones de los particulares entre sí y entre estos y la administración. Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

*«4. Principio de la buena fe*

*En artículo 83 de la Constitución Política establece que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

*Esta Corporación tanto en sede de control abstracto como de control concreto de constitucionalidad se ha pronunciado con respecto al significado, alcance y contenido de este postulado superior.*

*La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado».*

Así mismo el Consejo de Estado fijó su postura, sobre el reintegro de los pagos afectados por mesadas pensionales y ha dicho que debe atenderse al principio de la buena fe, en los siguientes términos:

*«Sin embargo, tal como lo analizamos en líneas anteriores, tratándose de casos donde se discuten prestaciones periódicas, y principalmente cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.*

*Al respecto, el literal c) del numeral 1° del artículo 164 de la ley 1437 de 2011, dispone que:*

*“la demanda deberá ser presentada en cualquier tiempo, cuando:*

*(...)*

*c) se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. **Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe:***

*(...) “(negrillas y subrayas fuera de texto original)*

*Expresamente consagra el legislador que, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, no habrá lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, ello quedando correspondencia con lo que venía dispuesto en el artículo 136 del decreto 01 de 1984 y principalmente con la presunción contenida en el artículo 83 de la constitución política.*

*Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, supuesto al que se ajusta el ejercicio del derecho de petición para solicitar un derecho de naturaleza prestacional, e inclusive la prestación de la acción de tutela en la defensa de un derecho fundamental, aun cuando para la controversia existen previstos los mecanismos ordinarios, pues en todo caso, será el juez constitucional quien determine su procedencia, su idoneidad y la protección transitoria de los derechos vulnerados».*

De lo anterior, es viable decir que la jurisprudencia constitucional y del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, ha definido el principio de buena fe como aquel que se exige a los particulares y a las autoridades públicas al ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una «*persona correcta*». Así las cosas, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.

En efecto, en el caso bajo estudio se aplica el principio de la buena fe a la demandada en lo concerniente a la percepción del reconocimiento de la pensión de vejez reconocida, por cuanto no se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandada, haya realizado maniobra alguna o asumido conductas que pudieran calificarse como tendientes a llevar a cabo yerros o equívocos a la administración, así como tampoco se demostró que hubiera allegado documentos falsos, por tanto, y atendiendo que frente a todos los particulares a quienes se les haya reconocido prestaciones sociales de forma ilegal se les presume la buena fe, la Sala, al no encontrar probado la mala fe de la accionada no ordenará el reintegro de los dineros recibidos producto de la pensión de vejez.

En consideración a todo lo expuesto, Sala concluye, que la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega no tenía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se deberá acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pero negar la devolución de los dineros percibidos por la accionada de buena fe.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, así:

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

«[...]

*Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...]».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables

Por último, se dispondrá por Secretaría de la Subsección, devolver a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias, de conformidad con la Circular No. 2 de 12 de marzo de 2019 proferida por la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

---

**FALLA:**

**Primero.** - Declarar la nulidad de la Resolución 051080 del 30 de noviembre de 2006, por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez a favor de la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo.** - Como consecuencia de lo anterior, declarar que la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega no tiene derecho a seguir disfrutando de la pensión de vejez debido al erróneo reconocimiento de la misma.

**Tercero.** - Negar el reintegro de las sumas canceladas a la señora Bernardita Irma Cleofe Rodríguez de Vega por concepto de reconocimiento de la pensión de vejez bajo la normatividad reconocida, esto es, Decreto 758 de 1990, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto.** - Negar las demás pretensiones.

**Quinto.** - Sin condena en costas, de acuerdo con la considerativa.

**Sexto.** - Previo al archivo de las diligencias, **dar** cumplimiento a la Circular N° 2 de 12 de marzo de 2019 proferida por la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación, que ordena liquidar los gastos del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias.

**Séptimo.** - Ejecutoriada esta decisión archívense las diligencias, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

fpc



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-028-2017-00186-01  
Demandante : **Julio Alberto Duarte Acosta**  
Demandado : Procuraduría General de la Nación y Otros  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Solicitud de reconocimiento de diferencias salariales por cargo ejercido en comisión  
Actuación : Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró **no** probada la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales.

### ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la entidad demandada, contra el auto de 3 de abril de 2019 proferido en audiencia inicial por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 130 a 132 y CD en folio 133), mediante el cual se declaró **no probada** la excepción interpuesta por la parte demandada.

### ANTECEDENTES PROCESALES

**Medio de control.-** (fs. 1 a 9) El 21 de junio de 2017, el señor Julio Alberto Duarte Acosta presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el que solicitó declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio SG 007301 de 7 de diciembre de 2016, proferido por la secretaria general de la Procuraduría General de la Nación (f. 12).

Como consecuencia de la nulidad solicitó se condene a la entidad demandada a: i) pagar las demás prestaciones laborales, entre lo que correspondía como asesor grado 24 y lo que efectivamente fue cancelado como profesional universitario grado 17, desde el 9 de diciembre de 2016 hasta la fecha en que se haga efectivo; ii) reajustar las prestaciones sociales sobre las cuales tenga incidencia los mencionados pagos, tales como vacaciones, primas,

bonificaciones, cesantías, entre otros; indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor; iv) dar cumplimiento a la sentencia de conformidad a los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante auto de 20 de marzo de 2018<sup>1</sup>, el Juez Veintiocho (28) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, admitió la demanda, ordenando notificar personalmente al Procurador General de la Nación y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, el 3 de abril de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que se resolvió declarar no prosperas las excepciones propuestas.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado la Procuraduría General de la Nación interpuso recurso de apelación, haciendo énfasis en que el acto administrativo demandado es un acto de trámite configurándose la inepta demanda por falta de los requisitos formales.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

En providencia de 3 de abril de 2019, el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Bogotá, declaró no probadas la excepción de inepta demanda propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

Adujo que la ineptitud de la demanda se configura por una indebida acumulación de pretensiones o por falta de requisitos formales conforme a lo indicado en el artículo 100 numeral 5° del Código General del Proceso.

Manifestó que se está atacando por vía de nulidad un acto administrativo que comunica al demandante la terminación de una comisión que venía desarrollando en un cargo de libre nombramiento y remoción y que como quiera que la titular de dicho cargo renunció, la secretaria general de la entidad consideró que la referida comisión terminaría en el mismo tiempo.

Decisión que no compartió el actor, toda vez que considera que ello no implicaba que su comisión debía terminar, al contrario, se debió ratificar, por lo que solicita como

---

<sup>1</sup> Fs. 67 y vto.

restablecimiento de derecho el pago de las diferencias salariales y prestaciones a que haya lugar.

Señaló que el ataque propuesto que argumenta el medio exceptivo, se refiere al fondo del asunto, a la virtud de las pretensiones de romper con la presunción de legalidad del acto atacado, y a la eventual prosperidad de las pretensiones, defensa que no es de recibo en esta etapa del proceso sino en la sentencia que ponga fin a la instancia, en la que define el juzgador si le asiste o no derecho al accionante.

Además, indicó que solo en la sentencia puede definirse si un acto administrativo perdió ejecutoria en su pérdida de vigencia, sin que ello configure por ese solo hecho la ineptitud sustantiva de la demanda.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la referida decisión, la apoderada de la Procuraduría General de la Nación, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, bajo los siguientes argumentos:

Adujo que la Procuraduría considera que el Oficio SG 7301 de 7 de diciembre de 2016 es un acto de trámite «y no de ejecución» razón por la cual el mismo no puede ser objeto de control en materia de lo Contencioso Administrativo.

Debe modificarse la demanda incluyendo el acto que debe enjuiciar es el Decreto 4845 de 29 de septiembre de 2016 que otorgó la comisión, no obstante, frente a ese acto ya operó la caducidad.

Por lo que se presenta la ineptitud sustantiva de la demanda por no enjuiciar el acto administrativo que le definió la situación jurídica al actor.

## **V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>2</sup>, se concedió en la mencionada audiencia de 3 de abril de 2019 (fs. 130 a 132).

---

<sup>2</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

## VI. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 180 (numeral 6°) de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra el auto dictado en audiencia inicial de 3 de abril de 2019, por medio del cual el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Bogotá declaró **no** probada la excepción de inepta demanda.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón jurídica al juez de primera instancia al declarar **no** probada la excepción de inepta demanda por demandar un acto administrativo que no es susceptible de control judicial, o si por el contrario, como lo aduce la parte actora; el acto demandado no es susceptible de control judicial.

**Análisis de la sala.-** Para desatar el problema jurídico la Sala abordará el tema de requisitos de procedibilidad así: i) actos administrativos susceptibles de control judicial; ii) caso concreto Acto administrativo demandado).

**i) De los actos susceptibles de control judicial.-** Cabe precisar que un acto administrativo comporta una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración a través de la cual crea, modifica o extingue una situación jurídica de carácter particular o general, por lo que produce efectos jurídicos.

Doctrinariamente<sup>4</sup> se ha entendido el acto administrativo como toda declaración de voluntad unilateral por parte de la Administración en ejercicio de su función administrativa, esta produce

---

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

[...]

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

<sup>3</sup> «Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

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 auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso».

<sup>4</sup> Consultar SAYAGUES LASO, Enrique (2002), Tratado de Derecho Administrativo, 7ª ed., p. 512, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, y PAREJO ALFONSO, Luciano (2011), Lecciones de Derecho Administrativo, 3ª ed., p. 390, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.

efectos jurídicos sobre un asunto determinado. En tanto, jurisprudencialmente<sup>5</sup> se ha concluido que «[...] los actos administrativos objeto de control de legalidad por la vía jurisdiccional son aquellos que ponen término a un proceso administrativo»<sup>6</sup>.

Así las cosas, el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que los actos definitivos son «[...] los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación». Por tanto, las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control judicial por parte de esta jurisdicción<sup>7</sup>.

Dicho de otro modo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ha de dirigir contra los actos jurídicos definitivos, que son los verdaderos actos administrativos, y no contra actos de impulso de un procedimiento, ni contra actos de mera ejecución de procedimientos concluidos. Así, por ejemplo, los actos preparatorios, los actos de simple ejecución y los actos de trámite, no son demandables mediante este tipo de acciones. Solamente los actos definitivos pueden ser demandados.

Ahora bien, entendemos por acto administrativo la manifestación de la voluntad de la administración encaminada a producir efectos jurídicos ya sea que cree, modifique o extinga una situación jurídica particular y concreta.

En referente, respecto de los actos definitivos y de trámite vale la pena, mencionar que los primeros son aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho y los de trámite son aquellos que no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que tan sólo constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasmará en el acto definitivo<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Confer sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 11 de diciembre de 2013, expediente 41001-23-33-000-2012-00086-01, y 7 de abril de 2011, expediente 25000-23-25-000-2010-00152-01.

<sup>6</sup> Sentencia de 14 de agosto de 2014, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala, expediente 25000-23-24-000-2006-00988-01.

<sup>7</sup> Ver sentencia de 1<sup>º</sup> de noviembre de 2012, Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenás, expediente 25000-23-27-000-2007-00251-01.

<sup>8</sup> Sentencia SU-201 de 1994, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell; sentencia T-945 de 2009, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; sentencia T-1012 de 2010 MP Dra. María Victoria Calle Correa.

Es de señalar que las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus funciones, tienen la posibilidad de adoptar decisiones y concretar situaciones, algunas en forma voluntaria y espontánea, y otras de manera provocada, que producen efectos jurídicos respecto de los asociados.

**ii) Caso concreto.-** Para establecer si en el presente proceso el acto administrativo que pretende el demandante se declare su nulidad, es susceptible de control judicial, se procederá a hacer el siguiente análisis:

**Acto administrativo demandado.-** Oficio 7301 de 7 de diciembre de 2016, proferido por la secretaria general de la Procuraduría General de la Nación, dirigido al señor Julio Alberto Duarte Acosta, donde le resolvió:

«[...]

*Teniendo en cuenta que la señora Procuradora General de la Nación, mediante Decreto N° 4845 de 29 de septiembre de 2016, lo comisionó, hasta el 9 de diciembre de 2016, como Asesor, Código 1AS, Grado 24, del Despacho del Procurador General de la Nación, con funciones en la Dirección Nacional de Investigaciones, cargo en el cual usted hace parte de una escalera en la cual es titular la señora DIANA MAYERLY MORENO BRICEÑO, a quien le fue aceptada la renuncia a [su] cargo, mediante Decreto N° 5854 de 28 de noviembre de 2016, a partir del 09 de diciembre del año en curso.*

*Por lo anterior a partir del 09 de diciembre de 2016, Usted Regresará a [su] cargo titular como Profesional universitario, código 3PU, Grado 17 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.*

[...]».

De la lectura juiciosa de la demanda se colige que las aspiraciones del señor Julio Alberto Duarte Acosta, van encaminadas a que se ratifique el cargo que venía desempeñando y como consecuencia de ello se le reconozcan y paguen los reajustes salariales y prestacionales a que haya lugar.

En ese orden se encuentra, que el acto administrativo demandado le terminó el cargo al señor Duarte Acosta, de asesor grado 24, devolviéndolo al cargo que inicialmente ocupaba en la entidad, el de profesional universitario, decisión que el demandante considera es arbitraria y contraria a derecho.

Es decir, que la decisión tomada mediante ese acto administrativo, guarda total coherencia

con las pretensiones del actor, pues es el que le definió la situación jurídica respecto del cargo que ocupaba en la Procuraduría General de la Nación, y que considera, la administración de manera arbitraria le termina la comisión del mencionado cargo que desempeñaba en la modalidad de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón al Juez de Primera Instancia al decretar **no** probada la excepción de **ineptitud de la demanda**, pues el acto demandado es susceptible de control judicial, por lo que se confirmará la decisión tomada en auto de 3 de abril de 2019.

En Consecuencia,

### RESUELVE:

**Primero. Confirmar** el auto de 3 de abril de 2019, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró **no probada la excepción de inepta demanda**, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-057-2017-00231-01  
Demandante : **Arturo Carrillo Suárez**  
Demandado : Universidad Distrital Francisco José de Caldas  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Incompatibilidad pensional

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fs. 227 a 235), contra la sentencia de 12 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual **negó** las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 212 a 220).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 111 a 137). El señor Arturo Carrillo Suárez, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas; para que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 725 de 29 de diciembre de 2016, proferida por el rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, a través de la cual declaró una incompatibilidad pensional y la subrogación de una pensión de jubilación reconocida al actor (fs. 12 a 25).
- Resolución 156 de 31 de marzo de 2017, expedida por el rector (E) de la institución, donde al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión la confirmó en todas sus partes (fs. 26 a 43).

Como consecuencia de la anterior nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada a: **(i)** reconocer la pensión de jubilación otorgada al docente mediante Resolución 676 de 1996, por ser compatible con la pensión de vejez reconocida por el ISS *«por tener orígenes diferentes: una por el sector público [...] y otra el sector privado»*; **(ii)** declarar que no existió incompatibilidad entre las pensiones reconocidas; **(iii)** restablecer el pago de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución 7294 de 2 de mayo de 2003 y 21974 de 9 de agosto de 2004 reconocida por e ISS *«en caso que para la fecha en que se produzca el fallo definitivo, se encuentre suspendida»*; **(iv)** oficiar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que comunique que los actos enjuiciados fueron anulados, a fin de que se restablezca totalmente el derecho del actor; y **(v)** pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La parte demandante como soporte del presente medio de control señaló lo siguiente.

Nació el 8 de agosto de 1941, y cumplió 50 años el 8 de agosto de 1991.

Mediante Resolución 676 de 10 de septiembre de 1996, la Universidad Francisco José de Caldas le reconoció y pagó una pensión de jubilación, a partir del 2 de julio de 1996, por haber cumplido más de 20 años como servidor público y contar con más de 50 años, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos 03 de 1973 y 024 de 1989, expedidos por el Consejo Superior Universitario.

A través de las Resoluciones 7294 de 2 de mayo de 2003 y 2197 de 9 de agosto de 2004, el Instituto de los Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, le reconoció una pensión de vejez, por servicios prestados como docente en el sector privado, y ser beneficiario del régimen de transición.

La Universidad Distrital Francisco José de Caldas, consideró que la pensión de jubilación reconocida estaba incurrida en irregularidades al haber sido reconocida en aplicación de los Acuerdos 03 de 1973 y 024 de 1989; lo que la llevó a demandar su propio acto administrativo en lesividad, en nulidad y restablecimiento del derecho. En el fallo se resolvió mantener incólume el derecho prestacional del demandante; en ese sentido por ya haber sido objeto de

control la prestación mencionada y al existir pronunciamiento, se configura la cosa juzgada.

Por medio de la Resolución 074 de 15 de febrero de 2016, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, inició trámite administrativo con el fin de que se declarará la compatibilidad entre las pensiones reconocidas, posteriormente en Resolución 725 de 29 de diciembre de 2016, declaró la incompatibilidad pensional.

El 19 de enero de 2017 presentó recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, el cual fue resuelto por la entidad de forma negativa, agotando así la vía administrativa.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** El demandante, citó como normas violadas por la expedición de los actos administrativos los artículos 2°, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 125 de la Constitución Política; de orden legal: Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 4ª de 1992; 11, 36, 146, 151 y 288 de la Ley 100 de 1993; 10°, 102, 137, 138, 164, y 269 de la Ley 1437 de 2011; Decreto 080 de 1980; Acuerdos 03 de 1973 y 24 de 1989, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas; 12 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto Ley 758 de 1990).

Para el efecto, el demandante indicó que, con la expedición de los actos administrativos enjuiciados, el ente educativo incurrió en desviación de poder y abuso de funciones, pues no es el competente para declarar la incompatibilidad pensional y subrogación, entre las pensiones reconocidas, una por haberse desempeñado como profesor de tiempo parcial o de hora catedra y la otra como prestación por vejez.

Teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las decisiones demandadas, se puede observar que existió falsa motivación, toda vez que la institución «[...] *no les ha dado pleno acatamiento a las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra el docente [...] de fechas 28 de noviembre de 2008 y sentencia del Consejo de Estado [...] de fecha 10 de febrero de 2011 [...]»* [sic].

**Contestación de la demanda.** - (fs. 157 a 179) La Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por medio de memorial de 10 de noviembre de 2011, dio contestación al medio de

control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>1</sup>, oponiéndose a las pretensiones, de la demanda al considerar, entre otras, que al existir decisión de fondo sobre la pensión alegada, no es posible volver a estudiar la misma, pues se configura la cosa juzgada.

Indicó que «[...] no podría la entidad pública demandada, acudir a la jurisdicción para que declare la incompatibilidad pensional, pues no existe el medio de control que en el ordenamiento jurídico permita [dicha] situación [...] porque la jurisdicción contenciosa no está instituida desde [esa] lógica; pero adicionalmente, porque la incompatibilidad no presume la ilegalidad del reconocimiento pensional, sino que es consecuencia de la existencia de dos prestaciones que nacen a la vida jurídica independientemente por la solicitud que hace el pensionado» [sic].

Alegó que la pensión es compatible toda vez que las cotizaciones tuvieron orígenes diferentes, pues una fue fruto de servicios prestados al sector privado y otra consecuencia de su desempeño en el sector público, por lo que las dos prestaciones no provienen del erario público.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia de 12 de octubre de 2018 (fs. 212 a 220) **negó** las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, al hallarse fundados en razones de hecho y de derecho que llevaron a establecer la incompatibilidad de las dos pensiones que estaban en cabeza el señor Carrillo Suárez.

Señaló que para el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales fueron incluidos, los aportes efectuados como empleado en el sector privado y los tiempos laborados como servidor público.

En efecto, advirtió que «[...] los aportes con los cuales fue reconocida la pensión de vejez otorgada por el extinto Instituto de Seguro Social a Arturo Carrillo Suárez, fueron integrados en

---

<sup>1</sup> Propuso las excepciones de «ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia de causal de nulidad que ampare las pretensiones»; «inexistencia de violación el principio de cosa juzgada y del artículo 189 de la Ley 1437 e 2011»; «incompatibilidad entre las prestaciones que amparan el riesgo común de vejez».

*parte con dineros públicos provenientes de las entidades de la misma naturaleza para las cuales prestó [sus] servicios el actor, esto es, del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas [...] se configuró el supuesto fáctico de la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Política, ya que el demandante se encontraba percibiendo dos asignaciones con dineros provenientes del Erario» [sic].*

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia (fs. 227 a 235), por considerar que en la pensión de vejez reconocida al actor por parte del ISS, hoy Colpensiones, «[...] no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas por la Universidad Distrital, ni el SENA, ya que le fue reconocida una pensión de vejez mediante las Resoluciones N° 7294 de 02 de mayo de 2003 y 2197 de 09 de agosto de 2004 por cotizaciones únicamente en el SECTOR PRIVADO, por las 1.340,99 semanas cotizadas en el sector privado como lo son **(FUNDACIÓN EDUCACIÓN AUTÓNOMA, UNIVERSITEC LTDA, CORUNIVERSITEC, FINCA LA ESPERANZA, CORPORACIÓN UNIVERSAL DE IN)**, y por tanto, no existe ningún tipo de incompatibilidad entre [su] pensión de vejez y [su] pensión de jubilación». [sic]

Resaltó que, la jurisprudencia proferida por las altas cortes ha reiterado que existe compatibilidad entre una pensión de vejez reconocida por el ISS en virtud de aportes por tiempos privados y la pensión de jubilación reconocida por una entidad de previsión social derivada de tiempos públicos, como sucede en ese caso.

Razón por la que se tiene que los actos administrativos gozan de total legalidad, toda vez, que, si bien es cierto, el señor Carrillo Suárez goza de dos pensiones, también lo es, que para su reconocimiento se tuvieron en cuenta tiempos privados y públicos, excluidos entre sí, por lo que los dineros (en las dos pensiones) no provienen del erario.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia de 9 de noviembre de 2018 (f. 237) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 22 de febrero de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3º) y 201 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 12 de abril de 2019 (f. 250), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes así:

**Parte demandada.** - (fs. 251 a 257) Mediante memorial de 29 de abril de 2019, presentó alegatos de conclusión manifestando que las pensiones que el demandante percibe no son compatibles, pues precisamente esto fue lo que unificó la Ley 100 de 1993, que nadie podía percibir más de dos pensiones que provinieran del patrimonio público.

Procedió a señalar algunos apartes jurisprudenciales sobre el tema, concluyendo que la pensión de vejez y la de jubilación *«[...] se tornan incompatibles a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por cuanto, no existe un procedimiento especial para disponer cuáles son los aportes que deben tener en cuenta para [...] el reconocimiento pensional, y por el contrario se TOMAN TODOS LOS APORTES REALIZADOS y en el presente caso, están probados los aportes públicos, y de forma simultánea, haciendo imposible que existan las dos prestaciones al mismo tiempo [...]»* [sic].

Afirmó que en el presente caso existen cotizaciones del sector público que fueron tenidas en cuenta en el acto de reconocimiento de la pensión de vejez, lo que hace imposible una doble asignación que cubra el mismo riesgo, en este caso es el de vejez, ello en perjuicio del principio de sostenibilidad financiera, *«[...] que está siendo desarrollado de forma amplia por las altas cortes en la actualidad»*.

**Parte demandante.** - (258 a 268) reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, además, enunció algunos apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado, referentes al tema.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>2</sup> del Código de Procedimiento

---

<sup>2</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste derecho al señor Arturo Carrillo Suárez, al solicitar: i) la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, declaró la incompatibilidad de la pensión reconocida, por considerar que dicha prestación es ilegal; y iii) declarar que existe compatibilidad entre las dos prestaciones que percibe, toda vez que una fue reconocida con tiempos trabajados y cotizados en el sector público y la otra por tiempos del sector privado, todo esto por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia que **negó** las pretensiones de la demanda, ya que se observa que: **a)** en el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada al actor por el extinto ISS fueron incluidos, además de los aportes efectuados como empleado del sector privado, los tiempos laborados como servidor público, configurándose así la prohibición prevista en el artículo 18 de la Constitución Política de no percibir dos prestaciones provenientes del erario público; y **b)** el demandante no tiene derecho a ser beneficiario de dos pensiones a la vez, **toda vez que esto no lo contempló el régimen de transición** pues esta solo hace referencia a que se debe respetar la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto, no hizo referencia a ninguna otra situación; máxime cuando el estatus lo obtuvo cuando la Ley 100 de 1993, ya tenía efectos, por las razones que se pasan a exponer:

Para desatar el problema jurídico planteado, se entrará a estudiar si las pensiones reconocidas al actor son compatibles y posteriormente si esa figura hace parte del régimen de transición, por lo que se abarcarán los siguientes temas: **i)** incompatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del tesoro público; **ii)** situaciones que contempla el régimen de transición; **iii)** de lo probado en el proceso; **iv)** caso concreto (régimen de transición); **v)** conclusiones de la Sala; y **vi)** costas del proceso.

---

*instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».*

**i) Incompatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del tesoro público. -**

El artículo 128 de la Constitución Política, estableció que:

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

*Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas».*

De acuerdo a la norma transcrita, se contempla una prohibición expresa, y es la imposibilidad de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, en el entendido de asignación, tanto la básica como otras remuneraciones como pensiones, y otras prestaciones.

Así mismo el artículo 19 de la Ley 4ª del 18 de mayo 1992, *«Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política»*, dispuso:

*«[...]*

*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:*

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.*
- c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional.*
- d. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.*
- e. los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.*
- f. los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.*

*g. Las que a la fecha de entrada en vigencia la presente ley beneficie a los servidores oficiales docentes pensionados.*

[...]»

En efecto, se tiene que existe prohibición tanto constitucional como legal, para percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo en las excepciones que establece la ley, como por ejemplo los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales y docente o «*por sustitución pensional*».

El artículo 49 del Decreto 758 de 1990 establecía de manera expresa que «*Las pensiones de indemnizaciones sustitutivas que cubre el I.S.S.*» eran incompatibles entre sí y con otras pensiones y asignaciones del sector público.

La norma anterior fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de abril de 1995 en la parte que textualmente decía: «*a) Entre sí; b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público*» remitiéndose para el efecto a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que citó de la siguiente manera:

*«[...] estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente **tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.***

[...]» (resaltado fuera de texto)

En ese mismo sentido, es propio citar la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>, la cual, sobre el tema se ha pronunciado así:

*«[...] A juicio de la Corte, fue equivocado el razonamiento del Tribunal para negar la pensión de vejez al demandante, prevalido de la simple consideración de que él es beneficiario de una pensión de jubilación legal a cargo del Departamento de Antioquia, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.*

*Así se afirma, por cuanto en este particular asunto, no resultan aplicables las disposiciones legales que le sirvieron de marco normativo al Tribunal para obtener tal*

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Radicación No. 35761. M. P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

*inferencia y, tampoco, los referentes jurisprudenciales que lo apoyaron, pues los mismos no corresponden a las especiales características que se debaten en el sub judice.*

*En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.*

*[...]»*

Sobre este tema en particular la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto de 8 de mayo de 2003, Consejera Ponente Susana Montes de Echeverri, radicado No. 1480, sostuvo:

*«[...] no se configura ninguna incompatibilidad entre la de recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.*

*[...]*

*Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, **a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, se prohibió en el país y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos.***

*[...]*

*Como se dejó explicado en el aparte 2 de este concepto, hasta la vigencia de la ley 100 de 1.993 los máximos tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, habían señalado que los aportes efectuados por los trabajadores y los patronos del sector privado al ISS eran de índole privada y, por lo mismo, las pensiones que con tales recursos se pagaran no provenían del tesoro público y, por ello, eran compatibles con cualquier otra asignación provenientes de éste. Se dijo, entonces, que el ISS resultaba ser un simple administrador de recursos de índole privada. Por el contrario, se entendió que las pensiones pagadas por las entidades de previsión del sector público constituían asignaciones provenientes del tesoro público.*

*[...]» (Resaltado fuera de texto)*

De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS<sup>4</sup> siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.

**ii) Situaciones que contempla el régimen de transición.** - La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de **unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.**

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, **la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.**

Ahora bien, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior; por lo que se precisa que la reiterada jurisprudencia ha sido clara al indicar que el régimen de transición solo hace referencia a que se debe respetar la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto, entendido únicamente como tasa de reemplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, **no hizo referencia a que entrara algún otro factor o situación que fuera cobijado por esta figura.**

**iii) Del material probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Resolución 074 de 15 de febrero de 2016, proferida por el rector (E) de la Universidad

---

<sup>4</sup> Hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Distrital Francisco José de Caldas, «*Por medio de la cual se inicia un trámite administrativo para declarar compatibilidad pensional o para aplicar la subrogación de una mesada pensional de jubilación por compatibilidad con COLPENSIONES*», en la cual, además de solicitar algunas pruebas, se resolvió: (fs. 4 a 10).

«[...]

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Inicial un procedimiento administrativo al cual se vinculará al señor ARTURO CARRILLO SUÁREZ identificado con la cédula de ciudadanía 4505484 con el fin de determinar si la pensión de jubilación otorgada por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas es compatible con la pensión de vejez otorgada por I.S.S. hoy COLPENSIONES.*

[...]» [sic].

b) Certificación de 16 de febrero de 2015, expedida por la gerencia nacional de nómina de pensionados de Colpensiones, donde consta que al demandante «[...] se le reconoció **PENSIÓN DE VEJEZ**, mediante acto administrativo No. **21974 de 2004 cuyo ingreso a nómina se ejecutó en el mes de Mayo de 2003** [...]» [sic] (f. 11).

c) Resolución 725 de 29 de diciembre de 2016, originada por el rector (E) «*Por medio de la cual se declara una incompatibilidad pensional y se declara la subrogación de una pensión de jubilación reconocida al señor ARTURO CARRILLO SUÁREZ*», donde resolvió: (fs. 12 a 25)

«[...]

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Declarar que la pensión de jubilación reconocida y pagada por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, es incompatible con la pensión de vejez reconocida y pagada por el I.S.S. hoy COLPENSIONES, ambas prestaciones reconocidas al señor ARTURO CARRILLO SUÁREZ [...] por incurrir en la prohibición de doble asignación del tesoro público consagrada en el Artículo 128 de la Constitución Política conforme a lo explicado en la parte motiva de la presente Resolución.*

[...]» [sic]

d) Resolución 156 de 31 de marzo de 2017 «*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en vía gubernativa interpuesta en contra de la Resolución 725 del 29 de diciembre de 2016, «que declaró una incompatibilidad entre una pensión de jubilación y una pensión de vejez*», donde el rector encargado al resolver la impugnación confirmó en todas sus partes la anterior decisión (fs. 26 a 43).

e) Cédula de ciudadanía del señor Arturo Carrillo Suárez, donde consta que nació el 8 de agosto de 1941 (f. 44).

f) Resumen de semanas cotizadas remitido por Colpensiones, y actualizado a 6 de mayo de 2015, donde se observa que el señor Arturo Carrillo se afilió el 5 de diciembre de 1989 a esa entidad y se discriminan las semanas cotizadas desde el 16 de septiembre de 1967 (fs. 48 a 51).

g) Resolución 007294 de 2003, proferida por el jefe de departamento de atención al pensionado del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al actor de conformidad a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de mayo de 2003, liquidación que se basó en 1.540 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$3.403.588.00 (fs. 52 a 53).

h) Resolución 021974 de 9 de agosto de 2004 expedida por el jefe de departamento de atención al pensionado – Seccional Cundinamarca, por la cual se modificó la Resolución 007294 de 2 de mayo de 2003, en el sentido de establecer la causación de la pensión a partir del 2 de agosto de 2002 (fs. 54 y 55).

i) Desprendibles de pago expedidos por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, correspondientes al señor Arturo Carrillo Suárez de los meses de mayo, junio y julio de los años 2017 (fs. 184 a 186).

j) Certificado de «*devengado y deducido*», expedido por la Gerencia Nacional de Determinación del Derecho – Dirección Nacional de Nómina de Colpensiones, donde consta los conceptos devengados por el demandante en el periodo comprendido entre: «2017-07 a 2017-09», «2017-09 a 2017-10», además: (f. 190 y 191)

*«Que la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reconoció como CAUSANTE de una prestación de VEJEZ a ARTURO CARRILLO SUAREZ [...]»*

**iv) Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el señor Carillo Suárez, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad de las Resoluciones 725 de 29 de diciembre

de 2016 y 156 de 31 de marzo de 2017, proferidas por el rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, a través de las cuales se declaró la incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida y pagada al actor, con la pensión de vejez otorgada al mismo beneficiario por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por considerar que se incurrió en la prohibición de doble asignación del tesoro público previsto en el artículo 128 de la Constitución Política.

Es preciso resaltar que de las pruebas allegadas al expediente, se puede establecer que el señor Arturo Carrillo Suárez, efectivamente gozaba de 2 pensiones, así: **i)** una reconocida por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, asignada mediante Resolución 676 de 10 de septiembre de 1996, con cargo a su presupuesto, por haber prestado sus servicios por más de 20 años en el **sector público**, entre el 15 de marzo de 1973 al 2 de julio de 1996, de conformidad a lo establecido en los Acuerdos 03 de 1973 y 024 de 1989 expedidos por el Consejo Superior Universitario, a partir del 2 de julio de 1996; y **ii)** otra reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a través de Resolución N° 007294 de 2 de mayo de 2003 modificada por la Resolución 021974 de 9 de agosto de 2004, que se causó por haber cotizado a esa entidad 1.540 semanas, desde el 16 de septiembre de 1967 al 31 de agosto de 2002 como se evidencia en las planillas de historia de novedades de Colpensiones (fs. 48 a 51) cotizando como trabajador independiente, en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que se resume en el siguiente cuadro:

**Servicios prestados al sector público. -**

<u>FECHA INICIO</u>	<u>FECHA FINALIZACIÓN</u>
15 de marzo de 1973	2 de julio de 1996

Como se evidencia este tiempo laborado en entidad pública trajo como consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, con cargo a su presupuesto.

**Servicios prestados al sector privado. -**

<u>FECHA INICIO</u>	<u>FECHA FINALIZACIÓN</u>
---------------------	---------------------------

16 de septiembre de 1967	31 de agosto de 2002
--------------------------	----------------------

Esta información, ha sido sustraída del reporte proferido por Colpensiones (f. 48), donde se evidencian las semanas cotizadas por el señor Arturo Carrillo Suárez como independiente, donde se computa un total de tiempo de 1.0514,71, teniendo en cuenta que en ese periodo existieron algunas interrupciones, tiempo que fue cotizado al ISS, reuniendo los requisitos para hacerse acreedor de la pensión de vejez, la cual fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución 007294 de 2003 modificada por la Resolución 021974 de 2004, en aplicación a lo estipulado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Todo la anterior, nos lleva a decir que, la pensión de jubilación otorgada por la institución educativa se derivó por los servicios prestados en entidades del Estado (prestación del servicio como empleado público); y la prestación de vejez que se reconoció por el Instituto de Seguros Sociales, en virtud del Acuerdo 049 de 1990, se otorgó en razón a las cotizaciones efectuadas como trabajador independiente, supuestos que, en principio nos llevaría a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.

Sin embargo, se observa que para el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada al actor por el extinto ISS fueron incluidos, además de los aportes efectuados como empleado del sector privado, los tiempos laborados como servidor público, configurándose así la prohibición prevista en el artículo 18 de la Constitución Política de no percibir dos prestaciones provenientes del erario.

Ahora bien, es preciso resaltar que el actor aduce que por ser beneficiario del **régimen de transición** tiene derecho a que se le reconozca, además de la pensión recibida por prestación del servicio como empleado independiente, la prestación que le reconoció el ISS de conformidad al Acuerdo 0249 de 1990.

Al respecto, como ya se dijo, es claro para este ente colegiado que la Ley 100 de 1993 lo que quiso fue **unificar los regímenes pensionales, y terminar, entre otras, con el beneficio de obtener varias pensiones a la vez**, y de no continuar con regímenes especiales; todo en pro de salvaguardar los derechos prestacionales de cada ciudadano Colombiano y mantener una sostenibilidad financiera para poder responder económicamente a las personas que se pensionen al reunir los requisitos legales, de esa manera, lo que busca es, asegurar que todas

las personas puedan tener una pensión para poder tener una vejez justa y económicamente llevadera.

Lo que nos lleva a concluir, que el demandante no tiene derecho a ser beneficiario de dos pensiones, **toda vez que esto no lo contempló el régimen de transición**, máxime cuando el estatus lo obtuvo cuando la Ley 100 de 1993, ya tenía efectos, es decir cuando la mencionada ley ya había empezado a regir.

Por lo expuesto, se advierte que **no** le asiste razón a la parte demandante al pretender que se declare la nulidad de las Resoluciones 725 de 29 de diciembre de 2016 y 156 de 31 de marzo de 2017, por medio de las cuales se declaró la incompatibilidad de la pensión reconocida y pagada al señor Arturo Carillo Suárez, con la pensión de vejez, también otorgada, por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, por incurrir en la prohibición de doble asignación del tesoro público, acorde con el artículo 128 de la Constitución Política, por las razones expuestas.

**iv) Conclusión de la Sala.** - En ese orden de ideas se **confirmará** la sentencia de 12 de octubre de 2018, que **negó las pretensiones de la demanda**, por las siguientes razones:

- Quedó demostrado que al señor Arturo Carillo Suárez, se le otorgaron dos pensiones, así: **i)** una reconocida por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, mediante Resolución 676 de 10 de septiembre de 1996, por haber prestados sus servicios por más de 20 años en el **sector público**; y **ii)** otra reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a través de Resolución N° 007294 de 2 de mayo de 2003 modificada por la Resolución 021974 de 9 de agosto de 2004, al haber cotizado como trabajador independiente, en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Que para el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada por el extinto ISS fueron incluidos, además de los aportes efectuados como empleado del sector privado, los tiempos laborados como servidor público, configurándose así la prohibición prevista en el artículo 18 de la Constitución Política de no percibir dos prestaciones provenientes del erario.
- No es posible ser acreedor de más de una pensión, pues esta situación no está

contemplada en el régimen de transición, que como ya se dijo solo hace referencia a que se debe respetar la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto, **sin hacer referencia a otro factor o situación que fuera cobijado por esta figura**, situación que no afectaría el mínimo vital.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disposiciones sobre el particular, se **confirmará la sentencia del 12 de octubre de 2018** proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **negaron las pretensiones de la demanda**, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**v) Condena en costas. -**

Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...]salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia de 12 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado

Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **negaron las pretensiones de la demanda** interpuesta por el señor Arturo Carrillo Suárez contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, de conformidad a la parte motiva.

**Segundo.** - Sin condena en costas, conforme lo expuesto.

**Tercero.** - Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501220170023801  
Demandante : **Carlos Alberto López Arenas**  
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- Casur  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste asignación de retiro partidas del Decreto 1212 de 1990

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte demandante (fs. 185 a 193), contra la sentencia de 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 180 a 189).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 1 a 23) El señor Carlos Alberto López Arenas por conducto de apoderado judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar se declare la nulidad parcial de la Resolución 005117 del 26 de noviembre de 2008, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación mensual de retiro en el 79% al tenor de lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reconocer y pagar la reliquidación de la prestación desde el 26 de noviembre de 2008, conforme a las diferencias entre lo que se ha venido pagando y lo que se ordene pagar en la sentencia debidamente indexada, teniendo en cuenta que la partida básica mensual de retiro se fijó en un 79%, la cual para todos los efectos será como lo establece el artículo 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990; ii) indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al

índice de precios al consumidor; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y iv) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** – El demandante como soporte del presente medio de control señaló lo siguiente:

Ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 10 de junio de 1986 y el 12 de enero de 1987 fue nombrado agente profesional.

Mediante Resolución 008110 del 9 de julio de 1991 ingresó al escalafón de los suboficiales de la Policía Nacional. Y en Resolución 3969 del 4 de mayo de 1994 integró el escalafón de Nivel Ejecutivo de la misma institución.

A través de Resolución 04879 del 30 de septiembre de 1996 ascendió al grado de intendente. Por Resolución 02082 del 1 de septiembre de 2004 escaló al cargo de intendente jefe.

En Resolución 005117 del 26 de noviembre de 2008 la entidad demandada le reconoció asignación de retiro en cuantía del 79% en virtud de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

La entidad accionada al momento de liquidar su asignación de retiro debió efectuar la liquidación de las prestaciones conforme a las previsiones del Decreto 1212 de 1990.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 29, 53, 58 y 220 de la Constitución Política; 7 de la Ley 180 de 1995, 3 y numeral 3.1 y 3.9 de la Ley 923 de 2004; 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990; 82 del Decreto 132 de 1995; 2 del Decreto 4433 de 2004, Código Sustantivo del Trabajo.

Afirmó que «[...] el señor Intendente Jefe @ CARLOS ALBERTO LÓPEZ ARENAS,

*ingresó a la Policía Nacional el día 10 de junio de 1986; el Decreto 4433 de 2004 fue publicado el 30 de diciembre de 2004; para esta fecha mi cliente había laborado por más de 18 años, habiendo adquirido su derecho a la asignación de retiro en el año 2001, cuando cumplió los 15 años de servicio, por ello es aplicable el Decreto 4433 de 2004.*

*Aseveró que en ese orden de ideas «[...] se demuestra que la entidad demandada, al reconocer la prestación a CARLOS ALBERTO LOPEZ ARENAS, aplicó en forma errónea el Decreto 4433 de 2004, por cuanto el mismo decreto en el artículo 2 y la Ley 923 de 2004, exceptúan su aplicación para el personal en servicio activo que hubiere cumplido el requisito para acceder a la prestación social al momento de su expedición, siendo otra causal que permite la nulidad parcial de la resolución demandada y decretar el restablecimiento solicitado».*

*Consideró que «La demandada al aplicar erróneamente los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 para el reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro del Intendente Jefe CARLOS ALBERTO LOPEZ ARENAS, ha incurrido en violación directa de preceptos legales por falta de aplicación, es decir, del artículo 144 y 140 del Decreto 1212 de 1990, en efecto, allí se consagra dicha asignación para el personal de suboficiales de la Policía Nacional; y al mismo tiempo ha desconocido el régimen de protección establecido en la Ley 180 y Decreto 132 de 1995, para el personal de suboficiales en servicio activo que ingresó al Nivel Ejecutivo, además las sentencias del Consejo de Estado que declaran la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y del parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004».*

**Contestación de la demanda.** - (fs. 164 a 170). La entidad accionada, mediante escrito de 29 de junio de 2018, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos y otros no, así mismo propuso las excepciones de: «*inexistencia del derecho*», «*indebida escogencia de la acción*»; y «*falta de fundamento jurídico para las pretensiones*».

Adujo que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, es un establecimiento

público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, que goza de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente.

Señaló que *«Al demandante, señor IJ ® CARLOS ALBERTO LOPEZ ARENAS, se le reconoció asignación mensual de retiro, a partir del 26 de septiembre de 2008, en cuantía equivalente al 79% del sueldo básico y partidas legalmente computables para el grado, conforme a la hoja de servicios expedida por la Policía Nacional. El actor se pensionó en vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y demás normas concordantes y aplicables a la materia.»*

Explicó que en el caso del actor se *«[...] empleó la norma antes descrita, teniendo en cuenta que se homologó al nivel ejecutivo, VOLUNTARIAMENTE, siendo su decisión un acto libre, por considerar que llenaba sus expectativas. Por lo tanto, en este momento no puede hablarse de discriminación o desmejora en ningún aspecto».*

Concluyó que *«[...] esta demandada, aplicó la normatividad pertinente, para el reconocimiento y pago de su Asignación Mensual de Retiro, por lo que pretender la aplicación de lo normado en el Decreto 1212 y 1213 de 1990 y liquidaciones como agente, es contrario a derecho. Pues claramente se observó que al demandante por haberse homologado al nivel ejecutivo, su asignación de retiro debía ser conforme al decreto vigente para ellos, que resultan ser lo mencionado en el cuerpo de este escrito.»*

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de marzo de 2019 (fs. 180 a 184 y CD), negó las súplicas de la demanda, al considerar que *« [...] se incurriría en desigualdad si se accediera a las pretensiones, por cuanto existe ciertamente una favorabilidad en la aplicación del decreto 1212 de 1990 en la forma en como se liquida la asignación de retiro, pero existe un campo favorable en las normas que regulan el nivel ejecutivo cuando el policial esta en actividad, de manera que aplicar lo favorable para actividad del decreto 4433 de 2004 y lo favorable para el retiro con el 1212 del 90, es ciertamente como lo dice el Consejo de Estado crear un nuevo régimen, situación que no es*

*admisible.»[sic].*

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación (fs. 185 a 193), manifestando que *«[...] el despacho tomo como fuente para su decisión, entre otros el artículo 150 de la norma superior relacionado con las facultades del legislador para expedir el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, artículo 8 del decreto 4194, decreto 262 de 1994, artículo 1 y 7 de la ley 180 de 1995 que consagra la carrera del nivel ejecutivo dentro de la estructura organizacional de la Policía Nacional, además se le conceden funciones al presidente de la República para regular entre otros aspectos las asignaciones, primas, prestaciones sociales, decreto 132 de 1995 en sus artículos 13, 15 y 82, el cual desarrolla la carrera profesional del nivel ejecutivo, normas de las cuales se colige que son citadas en cuanto a la forma de ingreso primas y prestaciones de la carrera en mención, sin que ello implique un desmedro a los factores que venían devengando quienes pertenecían a la carrera de agentes y suboficiales, lo cual es parcialmente cierto porque como quedo dicho la institución policial paso de tener el régimen de oficiales, suboficiales y agentes a tener los mismos y agregar el nivel ejecutivo, lo cual hasta la fecha continúa igual.»*

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 30 de abril de 2019 (f. 195) y admitido por esta Corporación en providencia de 19 de julio de 2019 (f. 199), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 19 de septiembre de 2019 (f. 201), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes.

**Parte demandada.** - (folios 203 a 206) Insistió en que la homologación del actor al nivel ejecutivo ocurrió de manera voluntaria y que su retiro y la adquisición de sus derechos pensionales se produjo bajo la vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y demás normas concordantes.

**Parte demandante.** - (folios 207 a 215) Reiteró que lo perseguido es la aplicación del Decreto 1212 de 1990, régimen prestacional aplicable y favorable para el momento de ingresar al escalafón de los suboficiales derechos a los cuales nunca ha renunciado.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad determinar si al señor Carlos Alberto López Arenas, le asiste derecho o no para reclamar de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional Casur, el reconocimiento y pago de los emolumentos que venía percibiendo en su condición de suboficial conforme al Decreto 1212 de 1990<sup>2</sup>, a pesar de haberse homologado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y como consecuencia el posterior reajuste a la asignación de retiro.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante se homologó de manera voluntaria al Nivel Ejecutivo, por ende, le resultan aplicables las disposiciones contempladas para ellos.

**Estudio normativo.** - Sea lo primero advertir que la Constitución Política de 1991, en sus artículos 150 y 218, establece:

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>2</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.

«ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;» (...)

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario». (Subraya la Sala)

Ahora bien, en desarrollo de la normativa constitucional antes transcrita, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, que respecto al régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, estableció lo siguiente:

«Artículo 1. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de: (...)

d. Los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;  
(...)

Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos»

Por su parte el Decreto 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional», contempló entre otros los siguientes emolumentos:

«ARTICULO 65. **Asignaciones mensuales.** Las asignaciones mensuales de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional serán determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia.

**PARAGRAFO.** Salvo los casos previstos en el artículo 66 de este Estatuto o en otras normas legales específicas, ningún Oficial o Suboficial de la Policía Nacional podrá recibir, por razón del desempeño de sus funciones, sueldos, primas, bonificaciones o cualquiera otra clase de remuneraciones de entidades oficiales del orden nacional, departamental o municipal.

(...)

**ARTICULO 68. Prima de actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

**ARTICULO 69. Prima de servicio anual.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de una prima equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año.

**PARAGRAFO 1o.** A quienes se encuentren en comisión del servicio en el exterior la prima de que trata este artículo se les pagará en pesos colombianos, liquidada sobre los haberes que devengarían si estuviesen prestando sus servicios en la ciudad de Bogotá.

**PARAGRAFO 2o.** Cuando el personal a que se refiere el presente artículo no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima a razón de una duodécima parte (1/12) por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los haberes devengados en el último mes.

**ARTICULO 70. Prima de navidad.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.

**PARAGRAFO 1o.** Cuando los Oficiales y Suboficiales no hubieren servido el año completo, tendrán derecho al reconocimiento de la prima de navidad a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los últimos haberes devengados.

**PARAGRAFO 2o.** Cuando el Oficial o Suboficial se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de navidad será pagada de acuerdo con las normas legales vigentes.

**ARTICULO 71. Prima de antigüedad.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan quince (15) y diez (10) años de servicio, respectivamente, tendrán derecho a una prima mensual que se liquidará sobre el sueldo básico, así:

a. Oficiales:

A los quince (15) años, el (10%) y por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.

b. Suboficiales:

A los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más.

(...)

**ARTICULO 81. Prima de vacaciones.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 8o. del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales, por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1o. de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.

**PARAGRAFO 1o.** Cuando el Oficial o Suboficial de la Policía Nacional se encuentre en comisión en el exterior e hiciera uso de vacaciones, percibirá la prima referida en pesos colombianos liquidada en las condiciones establecidas en el presente artículo.

**PARAGRAFO 2o.** De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará a la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional con destino al plan de colonias vacacionales.

**PARAGRAFO 3o.** La prima de vacaciones debe liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en que los interesados vayan a disfrutar sus vacaciones anuales.

**ARTICULO 82. Subsidio familiar.** A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

**PARAGRAFO 1o.** El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

**PARAGRAFO 2o.** La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.  
(...)

Atendiendo a lo sostenido por la Ley 62 de 1993, por la cual se reviste de facultades extraordinarias al presidente de la república, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 41 de 1994 «Por la cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales de la Policía Nacional...». Sin embargo, la norma fue objeto de pronunciamiento de inexecutable parcial por parte de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-417 de 22 de septiembre de 1994, respecto de lo regulado para el nivel ejecutivo, por exceder las facultades

extraordinarias dispuestas en la precitada ley.

Posteriormente, se expidió la Ley 180 de 1995 «*Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada 'Nivel Ejecutivo', modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes, que modificó el artículo 6º de la Ley 62 de 1993 y señala lo siguiente:*

**«ARTÍCULO 1o.** *El artículo 6o. de la Ley 62 de 1993, quedará así:*

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

**«ARTÍCULO 7o.** *De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

*1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:*

- a) Disposiciones preliminares;*
- b) Jerarquía, clasificación y escalafón;*
- c) Administración de personal:*
  - Selección e ingreso*
  - Formación*
  - Grados, ascenso y proyección de la carrera*
  - Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales*
  - Sistemas de evaluación*
  - Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos*
  - Suspensión, retiro, separación, reincorporación*
  - Reservas*
  - Disposiciones varias*
  - Normas de transición.*

*(...)*

**PARÁGRAFO.** *La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».*

Así las cosas, el Decreto 132 de 1995, que estableció la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en sus artículos 3°, 12, 15, 82 señaló:

**«ARTÍCULO 3o. JERARQUÍA.** *La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:*

1. Comisario
2. Subcomisario
3. Intendente
4. Subintendente
5. Patrullero, carabinero, investigador según su especialidad.

(...)

**ARTÍCULO 12. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO.** *Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*

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

(...)

**ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO.** *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*

(...)

**ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO.** *El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional».*

Luego, el Decreto 1091 de 1995, consagró para el personal del Nivel Ejecutivo la asignación básica mensual y las siguientes prestaciones:

*«Artículo 4º. Prima de servicio. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo tendrá derecho al pago de una prima de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.*

*Artículo 5º. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a un mes de salario que corresponda al grado a treinta (30) de noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los*

factores establecidos en el artículo 13 de este decreto”.

*Artículo 7º. Prima del nivel ejecutivo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad”.*

*Artículo 11. Prima de vacaciones. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este decreto”.*

*Artículo 12. Subsidio de alimentación. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional”.*

*Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo”.*

*Artículo 50. Cesantías. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un (1) mes de salario por cada año de servicio, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 49 de este Decreto. Este auxilio se liquidará el 31 de diciembre del respectivo año, por la anualidad o por la fracción correspondiente, teniendo en cuenta las cuantías de cada partida a la fecha de la liquidación».*

Adicionalmente, el aludido decreto creó otros emolumentos que solo podía devengar el personal vinculado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en situaciones especiales, estos son:

*«Artículo 8º. Prima de retorno a la experiencia. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma:*

*a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de Intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%).*

*b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%)*

*c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de Comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%)”.*

*Artículo 9º. Prima de alojamiento en el exterior. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que desempeña comisiones permanentes en el exterior, mientras cumpla la comisión, tendrá derecho a una prima mensual de alojamiento hasta del siete por ciento (7%) del sueldo básico correspondiente a su grado, liquidará en dólares a razón de un dólar por cada peso.*

*Artículo 10. Prima de instalación. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que sea trasladado o destinado en comisión permanente dentro del país y tenga por ello que cambiar de lugar de residencia, tendrá derecho, a una prima de instalación equivalente a una asignación básica mensual correspondiente a su grado».*

Después, el Decreto 1791 de 2000, mediante el que se modifica las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, señaló en su artículo 10° en el párrafo 1° lo siguiente: «*El personal de Suboficiales y de Agentes...se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo*».

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>3</sup>, en lo que tiene que ver con los agentes que se homologaron de manera voluntaria al nivel ejecutivo, y el presunto desmejoramiento del nuevo régimen aplicable, precisó:

*«...Atendiendo a lo anterior, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se estipuló una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de Agente, por lo que, en consecuencia, en principio, lo que se advierte es que en vigencia de un nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestaciones que el interesado ostentaba antes de septiembre de 1994. Con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado **en su conjunto**, se insiste, el régimen del Decreto No. 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios; y, en contrario, no se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor. (...)*

*Bajo esta óptica, entonces, aunque no se desconoce la protección dada a los Agentes y Suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen de del principio de inescindibilidad...» (Subraya la Sala).*

A tono con lo expuesto, se observa que esa Corporación es clara en afirmar que a los agentes que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no se les produjo un desmejoramiento en la situación salarial y prestacional, toda vez que el Decreto 1091 de 1995, les reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos y aumentan su salario básico de manera significativa.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 31 de enero de 2013, radicado N°. 25000-2325000-2011-00048 (1147-12), Magistrado Ponente: Vitor Hernando Alvarado Ardila.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme a los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

- a) Resolución 005117 de 26 de noviembre de 2008 «*Por la cual se reconoce y ordena el pago de asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 79% al señor (A) IJ ® López Arenas Carlos Alberto con C.C. N° 7549093*» (folios 26 a 28).
- b) Formato de hoja de servicios N° 7549093 del señor Carlos Alberto López Arenas, en la que se evidencia que prestó sus servicios en la Policía Nacional por veintidós (22) años, siete (7) meses y seis (6) días, y que se cambió al Nivel Ejecutivo a partir del 1° de junio de 1994. (f. 30).
- c) Resolución 02719 del 25 de junio de 2008, a través de la cual la Policía Nacional retiró del servicio activo al señor Carlos Alberto López Arenas, por disminución de la capacidad psicofísica (folio 31).
- d) Resolución 0144 del 21 de enero de 1987, por la cual la demandada nombró agentes del cuerpo profesional a un personal de alumnos entre ellos al señor Carlos Alberto López Arenas (folios 34 y 35).
- e) Resolución 03969 del 4 de mayo de 1994, expedido por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en la cual se causa el nombramiento e ingreso de un personal de suboficiales y agentes al escalafón del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional (folios 37 y 38).
- f) Resolución 4879 del 30 de septiembre de 1996, a través de la cual la entidad demandada asciende al grado de intendente entre otros al señor Carlos Alberto López Arenas (folios 39 a 41).
- g) Resolución 02082 del 1 de septiembre de 2004, proferida por el Ministerio de Defensa Policía Nacional, en la que se ascendió a intendente jefe al demandante (folios 41 a 45).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de la Resolución 005117 del 26 de noviembre de 2008, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación mensual de retiro en el 79% al tenor de lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

Pues bien, revisado el material probatorio que obra dentro del expediente se encuentra acreditado que el señor Carlos Alberto López Arenas laboró al servicio de la Policía Nacional por un total de 22 años, 7 meses y 6 días, además se constata que estuvo vinculado como agente alumno entre el 10 de junio de 1986 y el 31 de enero de 1987; después como agente del 1 de febrero de 1987 al 11 de julio de 1991; posteriormente estuvo como suboficial por el periodo comprendido entre el 12 de julio de 1991 hasta el 31 de mayo de 1994; y finalmente fue incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional entre el 1 de junio de 1994 hasta el 26 de junio de 2008, fecha en la que inició sus tres meses de alta, los cuales finalizaron en septiembre de 2008<sup>4</sup>.

Igualmente, se encuentra probado que la entidad accionada mediante la Resolución 005117 de 26 de noviembre de 2008 reconoció a favor del señor Carlos Alberto López Arenas una asignación de retiro, en cuantía equivalente al 79% del sueldo básico de actividad para el grado y las partidas legalmente computables, de acuerdo con los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

De lo anterior, la Sala colige que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, las partidas computables del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el Decreto 4433 de 2004, que reiteran el contenido del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, por cuanto contemplan las mismas partidas computables y dejan claro que no hay lugar a incluir ninguna otra para efectos de liquidar la asignación de retiro de ese personal.

---

<sup>4</sup> Información verificada en la hoja de servicios obrante en el folio 30 del expediente.

Por tanto, no es procedente incluir ningún otro factor reclamado por el actor al no estar contemplados como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, pues ello desconocería la voluntad del legislador.

Nótese que el legislador en la Ley 923 de 2004<sup>5</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

En ese orden, no es de recibo el argumento expuesto por el señor Carlos Alberto López tendiente a que se le incluya para la liquidación de la asignación de retiro los factores contemplados en el Decreto 1212 de 1990, bajo el entendido de que las partidas computables para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y todas las que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

Ahora, en relación con la homologación del demandante al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, debe aclararse que el mismo no puede pretender la aplicación de un tercer régimen que contemple lo más favorable de cada uno de los sistemas que regulan a los suboficiales (Decretos 1212 y 1213 de 1990) y al personal del Nivel Ejecutivo (Decreto 1091 de 1995), puesto que debe aplicarse el régimen de manera integral.

A su turno, ha de precisarse que el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso

---

<sup>5</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

Administrativo en reiteradas oportunidades<sup>6</sup> ha sostenido que el régimen pensional del Nivel Ejecutivo al que se acogieron libremente debe aplicarse en su integridad, toda vez que no es posible que en la nueva normativa del Decreto 1091 de 1995 existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de oficial o suboficial y, que a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido incluso mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

Igualmente, el Consejo de Estado concluyó que no puede estudiarse cada uno de los factores que comprende los regímenes que regulan la situación de los oficiales y suboficiales y los miembros del Nivel Ejecutivo, ya que al analizar en conjunto el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995, se observa que reportó mayores beneficios para aquellos que se incorporaron voluntariamente a esa categoría.

En esos términos, en el caso objeto de estudio el accionante se benefició ampliamente al cambiar de rango de suboficial al de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en materia salarial, comoquiera que en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que el legislador dispuso y, por ello, debe regirse integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se prevé ningún factor distinto a los reconocidos como partidas computables para la asignación de retiro, sin olvidar que le pagaron y reconocieron otro tipo de prestaciones propias del Nivel Ejecutivo al que voluntariamente homologó.

Por último, en lo que se refiere a las sentencias a las que el actor hizo alusión en la demanda, se precisa que en las mismas no se analizaron situaciones idénticas a la suya, además la discrepancia de posiciones al interior de los jueces y magistrados no desconoce *per se* el derecho a la igualdad, ya que es natural que existan posiciones diferentes frente a un particular asunto, máxime cuando la decisión de esta Sala cuenta con la carga argumentativa suficiente y sigue la posición adoptada al respecto por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como quedó fundamentado en el acápite normativo de esta providencia.

---

<sup>6</sup> Ver entre otras, la sentencia del 15 de febrero de 2018, radicado 170012333000201300081 01, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; sentencia del 15 de marzo de 2018, radicado 250002342000201306725 01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández; sentencia del 05 de julio de 2018, radicado 250002342000201201790 01, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En consecuencia, en el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, al colegirse que no hay lugar a incluir ningún otro factor en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, pues en razón a su homologación al Nivel Ejecutivo le resultan aplicables los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, de conformidad con las razones aquí expuestas.

### **Condena en costas. -**

Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...]salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia de 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Carlos Alberto López Arenas contra la Caja de Sueldos de

Retiro de la Policía Nacional Casur, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** - Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado Ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334205020170036601  
Demandante : **Ángel Custodio Quintero Herrera**  
Demandado : E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Insubsistencia (cargo de libre nombramiento y remoción)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada (fs. 248 a 250), contra la sentencia proferida el 3 de octubre de 2018 por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control** (fs. 38 a 58). El señor Ángel Custodio Quintero Herrera, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha, para que declare la nulidad de la Resolución N° 134 de 11 de mayo de 2017, mediante la cual se resolvió declarar insubsistente el nombramiento del señor Ángel Custodio Quintero Herrera en el cargo de sub gerente administrativo código 090.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reintegrarlo en el cargo que desempeñaba al momento del retiro es decir al de sub director administrativo código 090, sin solución de continuidad o en su defecto a uno de igual o superior jerarquía; (ii) pagar todos los factores salariales, prestacionales, y demás factores que percibía al momento de su retiro, con los incrementos y derechos de ley, en igualdad de condiciones de los funcionarios de la planta de personal, a la fecha en que se haga efectivo su reintegro por orden judicial; (iii) actualizar las sumas

reconocidas con base en la variación porcentual del I.P.C., y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y; (iv) condenar en costas y agencias en derecho.

**Fundamentos fácticos.** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Fue nombrado mediante Resolución No. 297 de 2 de diciembre de 2016, del cargo de subgerente administrativo, código 090, en la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, del cual tomó posesión mediante acta No. 1430 de 5 de diciembre de 2016.

Indicó que a partir del mes de abril de 2017, el gerente de la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, en su calidad de nominador del actor, empezó a utilizar términos descorteses y groseros para con éste, en actos evidentemente de acoso laboral, insinuándole su retiro por compromisos políticos para el cargo de subgerente administrativo.

Manifestó que ante el acoso y persecución laboral del gerente, el actor el día 26 de abril de 2017, presenta renuncia irrevocable del cargo que desempeñaba, en cumplimiento de las instrucciones dadas por el mismo gerente.

El día 28 de abril de 2017, mediante Oficio 181/2017, el gerente le manifiesta que no acepta la renuncia en las condiciones presentadas, observando que es el mismo gerente, quien exige la renuncia y le da el plazo hasta el día 25 de abril de 2017, o en su defecto lo declarara insubsistente, quedando plasmada la condición, que acredita de plano una falsa motivación y una desviación de poder, ratificando su renuncia irrevocable el día 2 de mayo de 2017.

El día 12 de mayo de 2017, se le notifica personalmente la Resolución No. 134 de 11 de mayo de 2017, proferida por el gerente de la ESE, por medio de la cual se declaró la insubsistencia.

El actor nació el 6 de octubre de 1956 y a la fecha de la insubsistencia, contaba con 60 años 7 meses de edad, colocándolo en una estabilidad reforzada, dentro del retén social, previsto en los artículos 12 y 13 de la Ley 790 de 2002, en concordancia con lo establecido en

artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y artículo 9 de Ley 797 de 1993 y la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, tenía pleno conocimiento que adquirió el status prepensional, dentro del retén social como estabilidad laboral reforzada, motivo por el cual su retiro no podría ser de forma deliberada y de acoso como lo hizo el gerente de la entidad.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** El demandante citó como norma violadas los artículos 1, 4, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; 33 de la Ley 100 de 1993; 9 de la Ley 797 de 2003; 41 de la Ley 909 de 2004; Ley 1010 de 2006; Ley 1437 de 2011; Decreto 2400 de 1968 y Decreto 1950 de 1973.

Dijo que por parte de la administración de la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, no se le respetó el retén social y pre pensión a que tenía derecho, toda vez que tenía un tiempo de servicio de más de treinta y cuatro (34) años de aportes para pensión y solo le faltaba a la fecha de su retiro, un (1) año y cinco (5) meses, para cumplir con este requisito de la edad.

Explicó que se declaró la insubsistencia del actor, pero no se dice el cargo, con su respectivo código, por lo que no se ajusta a lo dispuesto en el literal a) del artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, en concordancia con lo establecido en los artículos 105 y 107 del Decreto 1950 de 1973, que exigen que se declare la insubsistencia del cargo, más no del empleado.

Consideró que si bien el cargo era de libre nombramiento y remoción, esto no le daba al nominador el derecho de ser arbitrario, exigiendo trabajos innecesarios, al punto de tratarlo de inepto y solicitarle la renuncia del cargo, probando el actuar arbitrario de la administración en cabeza de su nominador para prescindir del empleado.

**Contestación de la demanda.** (fs. 66 a 76). La apoderada de la entidad demandada dio contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, así mismo señaló que *«los empleos de libre nombramiento y remoción son de naturaleza especial, escogidos a discrecionalidad del nominador, con fundamento en el alto grado de confianza y con el fin de ejercer una buena administración de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia la declaratoria de insubsistencia del [actor] obedeció a esa facultad, fundada en la necesidad*

*de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores, por tratarse de cargos de dirección, confianza y manejo, la ESE HOSPITAL MARIO GAITAN YANGUAS DE SOACHA, procedió evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia del señor Quintero Herrera, bajo estos presupuestos».*

*Manifestó que «Además de no haber sido notificado en ningún momento la administración del presunto status por parte del actor de conformidad con la manifestación realizada en el acápite de los hechos de la demanda, en donde se indica que para el mes de junio de 2017 el actor contaba con 1450, 14 semanas, no da lugar considerar una estabilidad reforzada, teniendo en cuenta que en reciente jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional dentro del EXPEDIENTE T 5712990 - SENTENCIA SU-003/18 (Febrero 8) M.P. Carlos Bernal Pulido».*

*Concluyó que «[...] no existe evidencia que el [actor] hubiese presentado antes de la demanda alguna queja o denuncia frente a los presuntos actos de acoso laboral por parte de su nominador, los mensajes que se relacionan dentro del acápite de los hechos que sustentan un supuesto acoso laboral, se encuentran fragmentados a conveniencia del actor, no obstante no se considera acoso laboral cuando se está solicitando el cumplimiento de obligaciones, deberes y responsabilidades propias del cargo; como lo fue para este caso, las cuales venían siendo incumplidas por parte del demandante y que ya no eran viables de continuar aceptándose».*

## **II PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de octubre de 2018 (fs. 233 a 246), negó las pretensiones de la demanda argumentando que la facultad discrecional de la que goza el nominador para declarar insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción no va en contra vía del ordenamiento jurídico constitucional, por ser cargos de confianza y manejo.

Agregó que la confianza de los empleos de libre nombramiento y remoción, cuando desaparece entre el nominador y la persona que desempeña el cargo, es a discrecionalidad del nominador quien debe expedir el acto administrativo que lo declara insubsistente y dicho

acto, con fundamento en la jurisprudencia no debe estar motivado y frente a los testimonios solicitados y practicados por la parte actora, frente a los hechos dijeron que no les consta nada, por lo que no aportaron nada referente al proceso.

Indicó que frente a los extractos de conversaciones provenientes de la aplicación de móvil whatsapp, aportados por la parte actora no es tenido en cuenta pues resulta evidente que el escenario en que se presentó la conversación hacia parte de un chat personal entre el actor y el gerente de la ESE, en el que si bien se tratan temas laborales, existe una expectativa legítima de intimidad de las partes, por lo que exponer dichas conversaciones para pretender demostrar un actuar resulta ilegal e impertinente.

Consideró que en cuanto al argumento que expone la parte actora de que ostentaba la calidad de pre pensionado y por ello gozaba de una especial protección, se encuentra que el demandante para el 2 de diciembre de 2016, fecha en que fue nombrado en el cargo, tenía 60 años de edad, es decir estaba próximo a cumplir la edad de 62 años para adquirir el derecho a la pensión, no obstante y contrario a lo que afirma la parte actora, él por esa sola condición no se hace beneficiario a la protección laboral reforzada por pertenecer al grupo de estar próximo a pensionarse, pues en aplicación a la regla jurisprudencial no queda acreditado que con la desvinculación del cargo, se le hubiera afectado su expectativa legítima a adquirir la pensión pues no logró evidenciar que se le hubiera vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital para vivir en condiciones dignas.

Concluyó que no se configuró una falsa motivación que afecte la validez del acto demandado, pues las razones de su expedición fueron legales y no se demostró una desviación de poder razón por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 248 a 250), en el cual expuso que los mensajes de texto enviados por Whatsapp desde el teléfono celular del gerente a sus subordinados, deben tenerse en cuenta para probar el acoso laboral, donde en el caso del actor no se le exigió tareas inminentemente de trabajo, al punto de tratarlo mal, acosarlo, pedirle la renuncia, textos, que no se pueden

tener como algo íntimo de la privacidad entre estas dos personas, como lo pretende ver la primera instancia, por lo que los textos que reposan en el expediente de whatsapp, desbordan la intimidad y se tornan en algo meramente laboral.

Concluyó que frente a la discrecionalidad la misma no es absoluta y que para el caso concreto el nominador quebró dicha discrecionalidad con la arbitrariedad en su actuación y retiro del actor, conllevando a una abierta desviación de poder, haciendo el retiro del demandante ilegal a todas luces, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

#### IV TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en auto del 8 de noviembre de 2018 (fl. 250) y admitido a través de auto de 29 de marzo de 2019 (fs. 255), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 14 de junio de 2019 (fs. 257), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes.

**Parte demandante:** En su escrito de alegatos de conclusión reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación agregó que se debe valorar la prueba de los mensajes de texto enviados por whatsapp, los cuales prueban abiertamente que el gerente de la ESE, en su calidad de nominador, se apartó abiertamente de los postulados legales de discrecionalidad y optó por un manejo equivocado de manera arbitraria provocando el retiro del actor.

**Parte demandada:** Insistió en lo expuesto en la contestación de la demanda y manifestó que por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, pueden ser removidos en el ejercicio del poder discrecional toda vez que ocupan puestos de dirección y confianza dentro de la entidad por lo que solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si al señor Ángel Custodio Quintero Herrera, le asiste derecho para ser reintegrado al cargo de sub – gerente administrativo código 009 que venía desempeñando en libre nombramiento y remoción, en la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, o si por el contrario el acto acusado continúa gozando de la presunción de legalidad.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto los empleos de libre nombramiento y remoción requieren un grado de confianza entre el nominador y la persona que lo va ha desempeñar, siendo discrecional la separación del cargo mediante acto administrativo que no debe ser motivado de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

**Estudio normativo.** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

La Constitución Política en su artículo 125 preceptúa que *«Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley»*.

El precitado artículo 125 de la Carta Política, en principio, fue desarrollado por la Ley 27 de 1992, cuyo artículo 10 previó que *«La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. La de los de carrera se hará previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso»*.

---

<sup>1</sup> *«Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda»*.

En el mismo sentido, el régimen constitucional preceptúa las excepciones a la carrera administrativa, cuando se refiere a los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales, aunado a lo anterior faculta a la ley para que establezca excepciones adicionales, al señalar «y los demás que determine la ley».

Con el objeto de precisar el sentido de la anterior disposición atinente a la potestad configurativa del legislador la H. Corte Constitucional<sup>2</sup> hizo el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

*«Contrapartida del régimen reforzado que constitucionalmente se le asigna a la carrera administrativa y de las especiales funciones hermenéuticas que le atañen en cuanto principio especial del ordenamiento, es la limitación de la facultad configurativa del legislador cuando se trata de introducir excepciones al régimen de carrera o de conferirle a algunos empleos un tratamiento jurídico distinto del correspondiente al que ha sido reconocido como regla general.*

*Desde luego, la propia Constitución ha reconocido algunas excepciones a la carrera administrativa y también ha facultado a la ley para que las establezca, al señalar, en su artículo 125, que se exceptúan de la carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”, pero esa determinación encargada al legislador, con todo y tener respaldo constitucional, se encuentra “sujeta a precisos límites”, pues la atribución “es per se limitada” y “para que el legislador pueda optar por un sistema de vinculación distinto al de carrera administrativa, deberá tener razones constitucionales suficientes para ello, en los términos del artículo 125 y demás normas que sean aplicables según la Entidad de que se trate”[8].*

[...]

*Así pues, en cuanto a las modalidades de empleos en los órganos y entidades estatales, fuera de los de carrera administrativa, se encuentran los correspondientes a los funcionarios “cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y la ley”, que, conforme lo indica el artículo 125 superior, “serán nombrados por concurso público”, los de trabajadores oficiales, los de libre nombramiento y remoción, así como los “que determine la ley”, según los términos de la disposición constitucional citada.*

*Así las cosas, en términos de potestad de configuración, “para la Corte es claro el carácter restrictivo que debe guiar el ejercicio de la atribución legislativa a efectos de clasificar cargos públicos por fuera del sistema de carrera administrativa, en las distintas modalidades autorizadas constitucionalmente”, ya que estas modalidades están concebidas como excepciones y, en cuanto tales, son de interpretación restrictiva, “lo que en esta materia se traduce en que las previstas por el legislador deben hallarse plenamente justificadas”, pues, “de excederse, la actuación sería arbitraria y violatoria no solo del principio general de carrera administrativa, sino también de otros principios y derechos fundamentales reconocidos en el*

---

<sup>2</sup> Sentencia Corte Constitucional C-618 de 30 de septiembre de 2015. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

ordenamiento superior» [subrayado de la Sala].

Entonces, la facultad configurativa del legislador al incluir excepciones al régimen de carrera administrativa tiene sustento constitucional como se anotó en líneas precedentes, no obstante es de carácter restrictivo, razón por la cual en el evento de acudir a vinculaciones disímiles a las de carrera administrativa estas deben hallarse plenamente justificadas, so pena de exceder su facultad e incurrir en arbitrariedad.

### **Regulación de los empleos catalogados como de libre nombramiento y remoción.**

A juicio de la Sala es necesario remitirse a los artículos 1, 5 y 41 de la Ley 909 de 2004, en lo que se refiere a los empleos de libre nombramiento y remoción, noma que sostiene lo siguiente:

*«Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:*

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;***
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales.*

**Artículo 5º. Clasificación de los empleos.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

[...]

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

*Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;*

NOTA: El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-673** de 2015.

[...]

*b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:*

[...]

*c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;*

*d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos».*

De acuerdo a la norma cabe señalar que dentro de la clasificación de empleos se encuentra el de libre nombramiento y remoción, clasificación esta que hace parte a la categoría de empleo desempeñado por la accionante.

### **Sobre el retiro de los empleos nombrados en libre nombramiento y remoción.**

La Ley 909 de 2004<sup>3</sup> en su artículo 41, determinó que la competencia para el retiro de quienes ocupan dichos cargos, de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, es discrecional, de tal suerte que dichos retiros deben efectuarse mediante acto administrativo no motivado.

*«Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

[...]

---

<sup>3</sup> «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

*Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado*». (Subrayado de la sala).

Mención específica debe hacerse de la forma de nombramiento y desvinculación de los empleos de libre nombramiento y remoción que señalan las normas antes citadas, ya que precisa como forma de desvinculación a saber, entre otras la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional ha hecho mención sobre los empleos denominados como libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, carecen de estabilidad y por no estar enmarcados dentro de la carrera, pueden ser separados del servicio por medio de actos discrecionales, esto es, sin necesidad de motivación alguna. Así en sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, dicha Corporación dejó sentado:

*«En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador...».*

En cuanto a la discrecionalidad para nombrar y retirar del servicio a las personas que ostentan cargos de libre nombramiento y remoción el Consejo de Estado ha manifestado:

*“El artículo 125 de la Carta Política establece como regla general, que los servidores del Estado deben ser incorporados mediante el sistema de méritos, y que permanecerán en los cargos de carrera mientras no se presenten las causales de retiro previstas de modo específico por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes están llamadas a materializar las políticas del director o nominador. Sobre este particular, es pertinente expresar que el manejo de este grupo especial de personas de confianza del director o nominador, debe ser lo suficientemente flexible, pues en últimas esos funcionarios se erigen en un complemento insustituible para ejecutar la idea institucional, la misión y las metas del director o responsable de la entidad. **Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que, a pesar de reconocer de modo general la estabilidad de los servidores públicos, algunos cargos deben ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su***

***permanencia responde a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente.***<sup>4</sup>

A tono con lo expuesto, se destaca que la facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a excepción de la existencia de una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo anterior la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción no debe ser motivada.

**Acervo probatorio.** Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que guardan relación con el objeto de estudio:

a) Resolución 134 del 11 de mayo de 2017, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al señor Ángel Custodio Quintero Herrera, en el cargo de libre nombramiento y remoción de subgerente administrativo código 090, de la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha y copia del documento de notificación personal de la misma (fs. 2 y 3).

b) Resolución 297 del 2 de diciembre de 2016 y acta de posesión 1430 de 5 de diciembre de 2016 por medio de la cual la Empresa Social del Estado Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha nombró y posesionó al señor Ángel Custodio Quintero Herrera, en el cargo de libre nombramiento y remoción de subgerente administrativo código 090 (fs. 4 y 5).

c) Copia del acuerdo de gestión de 5 de diciembre de 2016, suscrito por las partes (fs. 6 a 7).

d) Copia del formato de hoja de vida, del señor Ángel Custodio Quintero Herrera, que reposa en la administración de la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha (fs. 9 a 11).

e) Copia de la presentación de la renuncia al cargo por parte del señor Ángel Custodio

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"; Consejero ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sentencia de 2 de septiembre de 2010; Radicación número: 25000-23-25-000-2001-12130-02(1972-07).

Quintero Herrera, de fecha 26 de abril de 2017 a partir del 2 de mayo de 2017 (fl. 12).

f) Copia de la ratificación de la renuncia, de fecha 2 de mayo de 2017, presentada por el señor Ángel Custodio Quintero Herrera frente a la no aceptación de la renuncia en los términos que se señalaron en la misma (fl. 13).

g) Copia del Oficio G-181/2017 de 28 de abril de 2017, proferido por el gerente de la ESE Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha dirigido al señor Ángel Custodio Quintero Herrera, donde no acepta la renuncia (fl.14).

h) Copia del reporte de semanas de cotización en pensiones por el señor Ángel Custodio Quintero Herrera, actualizado a junio de 2017 por Colpensiones donde consta que tiene un total de 1457 semanas cotizadas (fs. 15 a 21).

i) Copia de registro civil de nacimiento del señor Ángel Custodio Quintero Herrera, donde consta que nació el 6 de octubre de 1956 (fl. 22).

j) Copia de texto de la conversación whatsapp, de fecha de impresión de 26 de abril de 2017, a las 5:40 p.m., obtenida de la línea móvil de celular número 3212077337, perteneciente al señor Ángel Custodio Quintero Herrera con la certificación de peritazgo técnico y la sustentación del mismo (fs. 24 a 26 y 153 a 155).

k) Copia del cuaderno administrativo allegado por la entidad demandada (fs. 153 a 155).

**Caso concreto.-** De acuerdo a las pruebas enunciadas, se tiene que el señor Ángel Custodio Quintero Herrera laboró para la Empresa Social del Estado – Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, desempeñando el cargo de subgerente administrativo código 090, cargo que fue nombrado con carácter de libre nombramiento y remoción mediante la Resolución 297 del 2 de diciembre de 2016.

Igualmente se tiene que mediante la Resolución 134 del 11 de mayo de 2017, se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ángel Custodio Quintero Herrera, en el cargo de subgerente administrativo código 090, a partir del 11 de mayo de 2017.

La parte accionante inconforme con la terminación de su nombramiento demandó la nulidad de la Resolución 134 del 11 de mayo de 2017, y solicitó como restablecimiento del derecho que se le reintegrara en el empleo que desempeñaba o en otro de igual o superior categoría, además solicitó la devolución de todos los salarios y prestaciones que dejó de percibir entre el retiro y el reintegro.

En este orden de ideas, lo primero que observa la Sala es que el señor Ángel Custodio Quintero Herrera fue nombrado en el cargo de subgerente administrativo código 090 de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, por lo que se tiene en principio que por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, no exige motivación, pues corresponde a la facultad discrecional del nominador remover libremente sus empleados pues son cargos de confianza.

El Consejo de Estado, en sentencia del 21 de julio de 2011, siendo consejero ponente el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, expediente (0824-08) señaló que:

*«Siendo ello así, el nombramiento hecho podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador.*

*Una medida semejante se supone inspirada en razones del buen servicio -fin primordial de la función pública- y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que desde luego admite prueba en contrario [...]».*

De lo anterior, frente a la presunción de legalidad que se encuentra implícita en dichas decisiones, puede ser desvirtuada por la parte demandante, acreditando que las razones que motivaron la insubsistencia, se apartaron del buen servicio o se sustentaron en situaciones adversas, que trajeron como consecuencia un perjuicio para la entidad, por lo cual se debe valorar las pruebas decretadas y practicadas, a fin de establecer si existieron situaciones para declarar la nulidad del acto demandando.

La parte actora señala que las razones por las cuales fue declarada su insubsistencia se generó por una desviación de poder, indicando que con la expedición del acto administrativo que desvinculó al señor Ángel Custodio Quintero Herrera, se desconocieron preceptos constitucionales de orden laboral. Así mismo, sostiene que no se tuvo en cuenta unas pruebas documentales donde se pretende probar un acoso laboral.

## **Del acoso laboral**

Sobre el tema del acoso laboral se tiene que la Ley 1010 de 2006 consagra una serie de medidas encaminadas a prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso, violencia y hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, cuando el acoso tiene lugar en el sector público, por tanto, la víctima del mismo cuenta con la vía disciplinaria para la protección de sus derechos.

Descendiendo al caso concreto se tiene que en el expediente reposan como pruebas unas conversaciones impresas de Whatsapp que dan cuenta de un eventual acoso laboral del que dice ser víctima el señor Ángel Custodio Quintero Herrera, no obstante, pese a ello solo se evidencia una discusión laboral, lo cual no desdibuja la naturaleza del cargo que tenía el accionante y sus características el cual es de libre nombramiento y remoción, es decir, un cargo que es de entera confianza del nominador, que para el presente caso y según la jurisprudencia no necesita motivación alguna en su desvinculación, a ello hay que agregarle que no existe o reposa denuncia por parte del actor frente a una situación de acoso laboral anterior a dicha conversación y tampoco existe más probanza que acredite el mismo.

Así las cosas, se tiene que aun cuando el tema del acoso laboral es un asunto de extrema delicadeza y protección laboral, en este caso particular no se está en presencia de un retiro del servicio o de una renuncia como consecuencia de un acoso laboral, sino que estamos frente al escenario de una terminación de un vínculo laboral como producto de una insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción por pérdida de la confianza, por lo que no hay lugar a estudiar la declaratoria de ilegalidad del acto enjuiciado bajo el supuesto de un acoso laboral.

## **Condición de pre-pensionado**

Sobre este asunto debe indicarse que la Corte Constitucional en sentencia T 084 de 5 de marzo de 2018, siendo magistrada ponente la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, se pronunció frente a la estabilidad laboral reforzada derivada del retén social donde indicó los requisitos para acreditar dicha condición de la siguiente manera:

«[...]

*En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”[123]. De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público.*

[...]

*No obstante, la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social”, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del “retén social”, en los términos señalados en los párrafos anteriores.*

*(iii) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del “retén social” deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia» [Subrayado de la Sala].*

Conforme a la jurisprudencia y las pruebas anteriormente mencionadas, para la Sala es claro que el demandante no demostró dicha condición como lo manifestó la entidad demandada en su contestación, pues no aparecen registros en la entidad de que se hubiese informado, siendo obligación del demandante comunicar oportunamente al empleador máxime si la estabilidad laboral reforzada no es de carácter absoluto y no hace que las relaciones de trabajo sean perpetuas, agregando que el cargo desempeñado por el demandante fue de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, cuando fue nombrado en el cargo tenía más de 60 años y tenía un tiempo de servicio de más de 34 años como lo indicó en el escrito de la demanda, sin que se probara que con la desvinculación del cargo, se le hubiera afectado una expectativa legítima a ser beneficiario de la pensión pues no probó la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales como el mínimo vital para vivir en condiciones dignas.

Finalmente, el buen desempeño en el ejercicio del cargo no constituye un fuero de estabilidad para el empleado público, pues eso es precisamente lo que se espera en el desarrollo de sus funciones, tal y como lo ha expresado el H. Consejo de Estado<sup>5</sup>, que al

---

<sup>5</sup> Sentencia del Consejo de Estado, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren del 24 de junio de 2015.

respecto señaló:

*«Adicionalmente, en su extensa jurisprudencia, ha dicho el Consejo de Estado que: **el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción, desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, per se no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente.** La hipótesis contraria conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición. Máxime que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo, responde a la obligación que tiene todo servidor público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza». (Negrilla de la Sala).*

Igualmente, se precisa que la experiencia y el buen desempeño laboral de un empleado nombrado en su condición de libre nombramiento y remoción, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues es la conducta responsable, disciplinada y profesional la que se espera de todo funcionario público.

Ahora bien, frente a lo manifestado por la parte actora respecto de que el acto administrativo que declaró su insubsistencia no se mencionó en la parte resolutive el cargo desempeñado por el actor, la Sala encuentra que si bien en la Resolución 134 del 11 de mayo de 2017 en la parte resolutive solo se indicó que se declaraba la insubsistencia del señor Ángel Custodio Quintero Herrera, en la parte considerativa si se especificó el cargo que desempeñaba como lo fue el de subgerente administrativo código 090, por lo anterior se tiene que el acto administrativo no es inválido como lo pretende ver el demandante.

Por lo tanto, esta Sala encuentra que la entidad demandada actuó conforme a derecho y en plena observancia de las normas aplicables, pues la decisión de dar por terminada dicha situación administrativa, no fue producto de una arbitrariedad si no de la facultad discrecional que le confería el cargo de libre nombramiento y remoción por el cual fue nombrado el actor.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>6</sup>,

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

prosperaron, son jurídicamente razonables, por tal razón se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

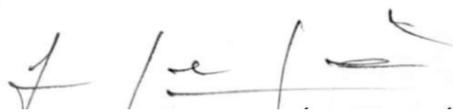
**Primero. - Confirmar** la sentencia del tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de la referencia instaurado por el señor Ángel Custodio Quintero Herrera contra la Empresa Social del Estado Hospital Mario Gaitán Yaguas de Soacha, de acuerdo con la parte motiva de la providencia.

**Segundo.-** Sin condena en costas en ambas instancias.

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307-33-33-002-2018-00017-01  
Demandante : **Gloria Elena Ramírez Mora**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de  
Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Cesantías retroactivas

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 72 y 73) contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 61 a 67).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 15 a 30) La señora Gloria Elena Ramírez Mora, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución 0940 del 17 de octubre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Fusagasugá le reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas, en lo que se refiere al régimen anualizado que se le aplicó y a la base de liquidación de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se ordene a la demandada (i) reliquidar las cesantías que le fueron reconocidas así: a) aplicar el régimen de retroactividad, b) con la totalidad de los factores salariales que

devengó en el último año de servicio, esto es, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios (Decreto 1545 de 2013), sobresueldo, bonificación mensual (Decretos 1566 de 2014, 1272 de 2015 y 123 de 2016), bonificación del grado 14 del escalafón nacional de docente (Decreto 2565 de 2015), horas extras y demás factores salariales; (ii) pagar las futuras cesantías parciales y/o definitivas con el régimen de retroactividad; (iii) reajustar e indexar conforme a la ley; (iv) cancelar intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiera lugar; y (v) pagar las costas y agencias en derecho.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Mediante los Decretos 214 de 1995 y 231 del 21 de abril del mismo año, fue nombrado docente oficial en el municipio de Fusagasugá.

La Secretaría de Educación de Fusagasugá por medio de la Resolución 0940 del 17 de octubre de 2017, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de sus cesantías definitivas por un valor de \$ 40.700.033 m/cte., las cuales fueron liquidadas únicamente con la asignación básica mensual, es decir, sin computar la prima de servicios, bonificación mensual, bonificación del grado 14 del escalafón nacional docente y demás factores salariales.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – La demandante citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 12 y 17 (literal a), de la Ley 6ª de 1945; 1.º y 15 de la Ley 91 de 1989; 6.º de la Ley 60 de 1993; 115 y 176 de la Ley 115 de 1994; 13 de la Ley 344 de 1996; 5.º (parágrafo) de la Ley 1071 de 2006; 1.º del Decreto 2767 de 1945; 1.º, 2.º, 5.º y 6.º del Decreto 1160 de 1947; 89 del Decreto 1848 de 1969, 5.º, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; 5.º del Decreto 196 de 1995; y 1.º del Decreto 1582 de 1998.

Para explicar el concepto de violación de tales disposiciones, la demandante precisó que las cesantías de los docentes que ostentan la calidad de territoriales e ingresaron al servicio educativo oficial con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, se liquidan conforme al régimen de retroactividad y no anualizado, destacándose que para establecer el monto de dicha prestación es preciso computar los factores salariales devengados por el educador, incluso

aquellos que no se encuentren taxativamente descritos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Manifestó que la Ley 91 de 1989 no estableció el modo de liquidar las cesantías para los docentes territoriales, dicha disposición se encargó de regular lo concerniente a los docentes nacionales y nacionalizados. Por consiguiente, para aquellos educadores de vinculación territorial el régimen de cesantías no puede ser distinto al retroactivo, que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, la cual cambió la forma de liquidar dicha prestación.

Aunado a lo anterior, sostuvo que todos los factores que percibió constituyen salario y deben incluirse como base de liquidación en las cesantías.

**Contestación de la demanda.** - La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que fue debidamente notificada (f. 41).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot mediante sentencia del 12 de marzo de 2019 (fs. 61 a 66), negó las pretensiones de la demanda al concluir que la demandante al haber sido vinculada con posterioridad al 1.º de enero de 1990, el régimen de cesantías que la cobija correspondía al previsto en la Ley 91 de 1989 (artículo 15, numeral 3), por lo que dicha prestación debe reconocerse y cancelarse anualmente y sin retroactividad.

Sobre el particular, señaló que el legislador no distinguió qué tipo de vinculación debía tener el docente estatal luego del 1.º de enero de 1990 para establecer que el sistema de cesantías anualizado era el aplicable.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 72 y 73), en el que insistió en que no existe duda de que es un docente territorial y de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se ordenó la liquidación de las cesantías de forma anualizada solo para aquellos docentes que ostentan la condición de nacionales o nacionalizados, esto significa que excluyó

a los educadores territoriales y, por ello, en su caso concreto no es aplicable el régimen de cesantías anualizadas.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 29 de abril de 2019 (f. 76 vto.) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 29 de julio de 2019 (f. 81), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 19 de septiembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 83). Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica, o no, para reclamar la liquidación de las cesantías definitivas de manera retroactiva, de conformidad con las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y 344 de 1996, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda en razón a que a la demandante no le asiste derecho a que las cesantías definitivas le sean liquidadas conforme al régimen retroactivo al haberse vinculado con posterioridad al 1.º de enero de 1990, como pasará a exponerse.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Marco normativo.** - El auxilio de cesantías es una prestación a favor de los trabajadores, la cual se causa por la terminación definitiva de la relación laboral, en el caso se causan cesantías definitivas, o durante esta con ocasión del cumplimiento de los requisitos legalmente estipulados para su reconocimiento relacionados con: necesidades de estudios, mejoramiento o compra de vivienda, estas denominadas cesantías parciales.

La Corte Constitucional<sup>2</sup>, con relación a la finalidad de las cesantías, indicó que consiste en: «[...] *cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso, del trabajador*».

En su artículo 17, la Ley 6ª de 19 de febrero de 1945 «*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo*», consagró por primera vez el auxilio de cesantías para los empleados nacionales de carácter permanente, así:

*«Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942.*

*[...]».*

Por su parte, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, «*Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales*», incluyó en el derecho a la liquidación del aludido auxilio a los empleados al servicio de los departamentos y municipios de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses».*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

La Ley 65 de 1946, «*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*», extendió este derecho a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, al establecer:

**«Artículo 1º.-** *Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

**Parágrafo.-** *Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley».*

El Decreto 1160 de 1947, «*sobre auxilio de cesantía*», reiteró lo anterior y en su artículo 6.º estableció:

*«De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.*

**Parágrafo 1º.** *Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono»* (resalta la Sala).

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que el auxilio de cesantías es una prestación a la que todos los empleados y trabajadores tienen derecho independientemente del tipo de vinculación, y la cual equivale a un salario mensual, donde se incluyen todos los factores salariales devengados por un año de servicio, a menos que el sueldo haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado durante los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses, es decir, de manera retroactiva.

Posteriormente, el presidente de la república, en ejercicio de las facultades legales y extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3118 de 1968, «*Por el cual*

se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998», por medio del que fijó un régimen de cesantías anualizado para el sector público del orden nacional (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado), así:

*«Artículo 26°. Liquidación definitiva. Es entendido que aunque el funcionario público o trabajador oficial no solicite liquidación de su cesantía conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes, o ésta no se realice oportunamente por cualquier causa, el auxilio de cesantía correspondiente a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968 o hasta fecha anterior, según el caso, en Ministerios, Departamentos Administrativos Superintendencias, establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado deberá liquidarse en forma definitiva hasta dicha fecha.*

*Artículo 27°. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*

*La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador».*

Luego fue proferida la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990 «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones», donde en su artículo 99 estableció que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, por lo que el empleador deberá cancelar al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, valor que debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente.

Subsiguientemente, la Ley 344 de 27 de diciembre 1996 «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», determinó para los servidores públicos, sin importar su vinculación, un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año. Así:

*«Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo».*

Lo anterior, permite concluir que inicialmente el régimen que se creó para liquidar las cesantías ya fuera de forma parcial o definitiva, fue el retroactivo, sin embargo, a través de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 se creó el régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997.

**- Del régimen aplicable a los docentes. -** La Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, «*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*», en su artículo 1.º y 5.º, estableció:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

*Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad».*

**«Artículo 5º.-** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3.- Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

---

<sup>3</sup> Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003.

5.- *Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.».*

A su vez, la misma norma en el artículo 15, respecto a las cesantías estableció:

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

[...]

3. Cesantías:

a. *Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

**b. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.**

[...]» (Resalta la Sala).

Así las cosas, se tiene que con esta normativa se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>4</sup> y un sistema sin retroactividad para la liquidación del auxilio de las cesantías frente a los docentes nacionales que trabajen a la fecha de su entrada en vigor y para aquellos que se vinculen a partir del 1.º de enero 1990; en cuanto a los nacionalizados estableció que solo quienes laboraran antes del 31 de diciembre 1989 conservarían el régimen prestacional que venían gozando, mientras que a los nombrados con posterioridad se les aplicaría esta disposición.

---

<sup>4</sup> «Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital [...]».

La Ley 60 de 1993<sup>5</sup> dispuso que todo el personal docente (nacional, nacionalizado y territorial) debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó que *«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 [...]»*<sup>6</sup>.

La Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de Educación, señaló:

*«Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores».*

El Decreto 196 de 2005 *«Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones»*, indicó:

*«Artículo 2º.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:*

*Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.*

***Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:***

*a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;*

***b) Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación- Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.***

---

<sup>5</sup> Esta disposición fue derogada por la Ley 715 de 2001, que en su artículo 53 dijo, entrándose de las cesantías, que en lo que respecta a *«[...] los aportes patronales se harán directamente a la entidad... en la forma y oportunidad que señale el reglamento»*.  
<sup>6</sup> Artículo 6º.

*Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquellos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial, laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos establecimiento.*

*Prestaciones sociales causadas y no causadas: Las prestaciones causadas son aquellas para las cuales se han cumplido los requisitos que permiten su exigibilidad, y las prestaciones sociales no causadas son aquellas en las que tales requisitos no se han cumplido, pero hay lugar a esperar su exigibilidad futura, cuando reúnan los requisitos legales.*

**Artículo 4º.- Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional.** *Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.*

*Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal» (destaca la Sala).*

De lo anterior, se concluye que los docentes se clasifican de la siguiente manera: i) nacionales y nacionalizados; ii) departamentales, distritales y municipales, es decir, los docentes nombrados por la entidad territorial con cargo a su presupuesto y los financiados o cofinanciados por la Nación a través de convenios; y iii) de establecimientos públicos oficiales.

Igualmente, el Decreto 196 de 25 de enero de 1995 «por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones», en su artículo 5.º y 7.º, estableció:

**«Artículo 5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios.** *Los docentes departamentales distritales y municipales*

*financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.*

*Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan.*

[...]

**Artículo 7º.- Prestaciones causadas.** *El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes.*

*El pago de las prestaciones sociales de los docentes de establecimientos públicos oficiales que se hayan causado antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad del establecimiento público respectivo de la caja de previsión o de la entidad que hiciera sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes.»*

Según lo estipulado en la norma transcrita, se estableció la obligación de incorporar a los docentes, departamentales, distritales y municipales, que sean financiados con recursos propios de las entidades territoriales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo que el reconocimiento de las cesantías y los intereses de estas están a cargo de dicha entidad, cuando se ha cumplido con la afiliación. Conclusión que ha sido soportada por el Consejo de Estado<sup>7</sup>, al manifestar:

*«Acorde con el párrafo anterior, solamente la “incorporación” efectiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liberaría al MUNICIPIO DE [...] de asumir el pago de la acreencia laboral reclamada. Mientras esto no suceda, le*

---

<sup>7</sup> Posición que ha sido reiterada por la Sección Segunda de esa Honorable Corporación, como se puede evidenciar en un pronunciamiento más reciente, en sentencia de 9 de julio de 2009, radicado 760012331000200401655 01 (0672-20017), magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

*corresponde la carga de pagarle al docente los conceptos que se causen por intereses a las cesantías [...]»<sup>1</sup>*

**- Material probatorio que obra en el caso bajo estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

- a) Resolución 0940 del 17 de octubre de 2017 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Fusagasugá reconoció y ordenó el pago de la suma de \$ 40.700.033 m/cte., por concepto de liquidación de cesantías definitivas, a favor de la señora Gloria Elena Ramírez Mora. Suma de la cual se ordenó descontar \$ 34.628.169 m/cte., por concepto de cesantías parciales ya canceladas (f. 3 y 4).
- b) Decreto 214 de 1995 a través del cual la señora Gloria Elena Ramírez Mora fue nombrada docente para la concentración escolar La Cascada del municipio de Fusagasugá (f. 5).
- c) Decreto 231 del 04 de 1995 mediante el cual la Secretaría de Educación de Fusagasugá aclaró el Decreto 214 del 21 de abril de ese mismo año, en lo que refiere al número del decreto que creó la plaza en la que la demandante fue nombrada (f. 6).
- d) Acta de posesión de la docente Gloria Elena Ramírez Mora del 05 de mayo de 1995 en el cargo que fue nombrada por medio del Decreto 214 de esa misma anualidad (f. 7).
- e) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral, en el que se observa que la señora Ramírez Mora estuvo vinculada desde el 05 de mayo de 1995 hasta el 17 de julio de 2017 (fs. 8 y 9).
- f) Formato único para expedición de certificado de salarios, en el que se encuentra que la actora fue vinculada como docente en la Secretaría de Educación del municipio de Fusagasugá y se describen los factores que devengó desde el 1.º de enero de 2015 hasta el 1.º de agosto de 2017 (f. 10).
- g) Comprobante de pago del salario que percibía en la Secretaría de Educación de Fusagasugá, expedido el 07 de diciembre de 2017 (f. 11).

- h) Decreto 326 del 14 de julio de 2017 mediante el cual la Secretaría de Educación de Fusagasugá retiró definitivamente del servicio educativo oficial a la docente Gloria Elena Ramírez Mora por pérdida de la capacidad laboral en un 100% (fs. 12 y 13).
- i) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Elena Ramírez Mora, en la que se observa que nació el 04 de mayo de 1963 (f. 14).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, se advierte que la demandante a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho persigue la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Secretaría de Educación de Fusagasugá le reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas con régimen anualizado, para que, en su lugar, se le reconozca dicho pago con el régimen de retroactividad y con la inclusión dentro de la base de liquidación de dicha prestación todos los factores salariales que percibió en el último año de servicio.

Al respecto, se aclara que no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en relación con los factores que conformaron la base de liquidación de las cesantías que le fueron reconocidas a la demandante, toda vez que sobre ese aspecto no se centró la fijación del litigio en la audiencia inicial que se llevó a cabo dentro del proceso de la referencia, además no fue objeto de inconformidad en el recurso de apelación, el cual limita el estudio de esta providencia.

Pues bien, revisado el acervo probatorio que obra dentro del expediente se advierte que la señora Gloria Elena Ramírez Mora fue nombrada docente oficial con el Decreto 214 de 1995, aclarado con el Decreto 231 del 04 de mayo del mismo año, cargo en el que tomó posesión el 05 de mayo de 1995.

De esta manera, se observa que la demandante para la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, el **1.º de enero de 1990**, no se encontraba vinculada como docente, por tanto el pago de sus cesantías no debe efectuarse con carácter retroactivo, sino de manera anualizada, como lo establece la norma referida, al indicar que *«se reconocerá y pagará un interés, anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad»*.

En esos términos, para la Sala resulta evidente que a la demandante no le asiste derecho a que sus cesantías sean reliquidadas de manera retroactiva, pues al no encontrarse vinculada como docente para el **1.º de enero de 1990**, se encuentra regida por el régimen anualizado contemplado en la Ley 91 de 1989, toda vez que tal como se explicó en párrafos precedentes, con esta normativa se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende un sistema sin retroactividad para la liquidación del auxilio de las cesantías frente a los docentes nacionales que trabajaban a la fecha de su entrada en vigor y para aquellos que se vinculen a partir del 1.º de enero 1990, lo que entiende la Sala que corresponde a los nacionales y territoriales que por cualquier causa se vinculen en tal calidad, a quienes se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Además, si bien la demandante fue nombrada por el alcalde del municipio de Fusagasugá como docente del mismo ente territorial en el año de 1995, este nombramiento se realizó con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975, el cual inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980 y en esa medida se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

Así las cosas, se confirmará la sentencia proferida el 12 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual negó las súplicas de la demanda interpuesta por la señora Gloria Elena Ramírez Mora contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia proferida el doce (12) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual negó las súplicas de la demanda interpuesta por la señora Gloria Elena Ramírez Mora contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307-3333-002-2018-00072-01  
Demandante : **Ana Doris Parra Cifuentes**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Sanción mora

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fs. 66 a 68), contra la sentencia del 8 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito de Girardot, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho y como consecuencia se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 57 a 62).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 11 a 27) La señora Ana Doris Parra Cifuentes, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo configurado con ocasión de la petición presentada el 9 de marzo de 2015, el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada (i) reconocer y pagar la indemnización moratoria, por el pago tardío de

las cesantías, a razón de un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma; (ii) dar cumplimiento a los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011; (iii) pagar los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso; (iv) reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria sobre las sumas adeudadas; y (v) condenar en costas a la demandada.

**Fundamentos fácticos.** La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios en el sector oficial del magisterio y mediante petición del 4 de septiembre de 2013 radicada ante la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías.

La Secretaría de Educación de Fusagasugá, mediante Resolución 0832 de 26 de noviembre de 2013, reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas, las cuales fueron canceladas el 12 de junio de 2014 por intermedio de entidad bancaria.

Adujo que solicitó el pago de las cesantías el 4 de septiembre de 2013, pero el pago debió realizarse, a más tardar, el 16 de diciembre de 2013, este se produjo de manera tardía, el 12 de junio de 2014, por lo que transcurrieron 175 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarlas.

Sostuvo que mediante escrito de fecha 9 de marzo de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías, pero a la fecha no se ha emitido respuesta frente al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Para el efecto, sostuvo que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantías, esta siendo burlada por la entidad demandada, pues se canceló la prestación, con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición de la misma, quebrantando los derechos del trabajador, por lo que se hace acreedor de la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantías por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

**Contestación de la demanda.** La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro del término de traslado no contestó la demanda, pese a que se notificó en debida forma.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito de Girardot, mediante sentencia del 8 de marzo de 2019 (folios 57 a 62), declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho y como consecuencia negó las súplicas de la demanda.

Consideró que la sanción cuyo pago se ordena se causó el 17 de diciembre de 2013, la solicitud de pago de la sanción moratoria fue radicada por la parte demandante el día 9 de marzo de 2015, interrumpiendo el fenómeno prescriptivo, pero solo por un lapso igual, es decir solo hasta el 9 de marzo de 2018.

Señaló que la demanda fue presentada el 13 de marzo de 2018, fecha para la cual ya había transcurrido la prescripción trienal desde la fecha en la que señora Ana Doris Parra Cifuentes elevó la petición del pago de la sanción moratoria ante el ente demandado, por lo que declaró de oficio la excepción de prescripción y por lo tanto negó las súplicas de la demanda.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia (fs. 66 a 68), al considerar que el presente proceso al tratarse de un acto producto del silencio administrativo derivado de la petición del 9 de junio de 2015, la demanda se podrá presentar en cualquier tiempo, conforme al numeral 1º, literal d) del artículo 164 de la

Ley 1437 de 2011, por lo que señaló que en el presente proceso no se estaría afectando el fenómeno de la prescripción pues esta se interrumpió con la petición del 9 de marzo de 2015, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a sus pretensiones.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido el 29 de abril de 2019 (f. 70) y admitido por esta Corporación el 19 de julio de 2019 (f. 75); auto en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019 (f. 77), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara; oportunidad que fue aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.** (fs. 173 a 175) Reiteró lo manifestado en el recurso de apelación, señalando que la demanda se podía presentar en cualquier tiempo, por lo que el fenómeno de la prescripción se interrumpió con la petición del 9 de marzo de 2015.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar en esta oportunidad si a la señora Ana Doris Parra Cifuentes, le asiste derecho, o no, para reclamar la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío en las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución 0832 del 26 de noviembre de 2013.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia al encontrar probada la excepción de prescripción del derecho, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.** La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas**

La Ley 244 de 29 de diciembre de 1995<sup>2</sup>, «*Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones*», contempló el reconocimiento y pago de las cesantías en los siguientes términos:

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

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

*Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo».*

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

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

De lo anterior, se colige que los términos para el reconocimiento y pago de la referida prestación son:

---

<sup>2</sup> Adicionada y modificada por la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

1. Radicada la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (parciales o definitivas), la entidad cuenta con 15 días hábiles para expedir el respectivo acto administrativo.

2. Si la mencionada solicitud se encuentra incompleta, la entidad cuenta con 10 días hábiles contados a partir del recibo de esta para informarle al interesado los documentos faltantes y una vez aportados deberá proferir la decisión correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes.

3. Expedido y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías (5 o 10 días de ejecutoria, según la fecha de expedición del acto administrativo), la Administración cuenta con un plazo máximo de 45 días para efectuar el pago.

En este orden de ideas, formulada la petición, la entidad pagadora tiene 65 o 70 días, según el caso, para emitir el acto de reconocimiento de las cesantías (definitivas o parciales) y cancelarlas. Vencido el anterior término, deberá reconocer y pagar a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo hasta que efectivamente se produzca el pago.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección «A», consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, expediente 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13), al resolver un caso similar dijo:

*«Así las cosas, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía es de 65 días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud de su reconocimiento.»*

*En el presente asunto, no se encuentra en discusión que el señor Julio César Flórez Alarcón laboró para el Distrito Capital como docente nacional desde el 26 de enero de 1990 hasta el 16 de julio de 2007, fecha a partir de la cual fue retirado por llegar a la edad de retiro forzoso (fl. 3).*

*De la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas, se desprende que el actor radicó ante el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio (entidad demandada) el reconocimiento, liquidación y pago de cesantías definitivas el 13 de agosto de 2007 (fls. 3 y 4).*

*Mediante Resolución No. 001518 del 29 de febrero de 2008 (fls. 3 y 4) expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá DC- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se le reconocieron las cesantías definitivas al señor Flórez Alarcón por el periodo laborado como docente del Magisterio en el Distrito Capital entre el 26 de enero de 1990 y el 16 de julio de 2007, es decir, que la entidad a pesar de contar con 15 días hábiles a partir de la radicación de la solicitud para expedir la*

*resolución de reconocimiento y con 45 días hábiles a partir de la ejecutoria de la referida resolución para efectuar el correspondiente pago, incumplió con el término establecido en la ley para tal efecto, pues el mismo vencía el 16 de noviembre de 2007 y el pago se efectuó solo hasta el 8 de febrero de 2010.*

*En consecuencia, tal como lo ordenó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se impone condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al pago de un día de salario por cada día de mora a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, esto es, 17 de noviembre de 2007 hasta la fecha en que efectivamente se efectuó el pago prestacional referido (8 de febrero de 2010)».*

Así las cosas, la norma le otorga a la administración 45 días hábiles para que efectúe el pago de las cesantías, los cuales se empiezan a contar vencido el término de ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de estas, sin embargo, si la entidad pagadora expide el acto por fuera de dicho lapso no podría iniciar desde ahí, motivo por el cual el conteo del término perentorio encaminado al cálculo de la mora deberá hacerse desde el momento en el que el interesado radica la petición de reconocimiento y pago de su prestación.

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia en los siguientes aspectos:

a) El docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

b) Cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

c) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en la Ley 1437 de 2011, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste.

En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

d) Cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

e) Tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

f) Es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Además, la Corporación precisó que las reglas contenidas en la sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial y, además, que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que la decisión no tiene efectos retroactivos.

En ese sentido, para efectos de resolver la controversia planteada, se concluye que existe un término perentorio para que la entidad pague la cesantía, es decir, 65 días en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y 70 días al amparo de la Ley 1437 de 2011, siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías.

### **Frente a la prescripción de la sanción moratoria. -**

Con el objeto de precisar el sentido de la anterior afirmación, la Sala considera pertinente indicar que el Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia de unificación CE-SUJ2No.004 de 2016, en ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, respecto de la prescripción de la sanción por mora concluyó:

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2No.004 de 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

**«i) Prescripción de los salarios moratorios**

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

**Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:**

**“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”**

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990».

En la misma providencia en lo que corresponde a la reclamación de la sanción moratoria se precisó lo siguiente:

**«ii) Reclamación de la sanción moratoria.**

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

*Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, **a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.***

***Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.***

[...]

*Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.*

***Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.».***

A tono con lo expuesto, se advierte que a los asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se aplica el fenómeno de la prescripción trienal consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Excluyendo de esta manera las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto al mencionado fenómeno, toda vez que para el momento de su expedición no existía dentro del ordenamiento jurídico la sanción bajo estudio.

**Acervo probatorio.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Derecho de petición radicado ante la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la señora Ana Doris Parra Cifuentes, el día 9 de marzo de 2015, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la cancelación tardía de sus cesantías parciales (fs. 3 a 5).

b) Resolución 832 de 26 de noviembre de 2013 «*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para construcción de vivienda*», emitida por la Secretaría de Educación de Fusagasugá por medio de la cual se evidencia que la solicitud de dicho reconocimiento y pago se realizó por la interesada el 4 de septiembre de 2013 (fs. 6 y 7).

c) Recibo de caja del Banco BBVA en el que se observa que las cesantías fueron consignadas a favor de la accionante el día 12 de junio de 2014 (fl. 8).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la existencia y posterior nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de las declaratorias de nulidad del acto referido, se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la mora en el pago de las cesantías.

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) mediante escrito del 4 de septiembre de 2013, la demandante solicitó de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, (ii) a través de Resolución No. 832 del 26 de noviembre de 2013 se despachó de manera favorable la anterior solicitud, (iii) el 12 de junio de 2014, la entidad puso a disposición el pago efectivo de dicha prestación.

En lo que concierne a la sanción moratoria aquí deprecada se tiene que la Administración cuenta con: (i) 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo y remitirlo a la Fiduciaria La Previsora S.A. contados a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías por parte del interesado y (ii) 45 días hábiles contados una vez se encuentre ejecutoriado (10<sup>4</sup> días) el mencionado acto, para realizar el pago.

---

<sup>4</sup> Toda vez que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales fue expedido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, esto es, del dos (2) de julio de 2012.

Teniendo en cuenta que la demandante radicó la solicitud del reconocimiento de las cesantías 4 septiembre de 2013<sup>5</sup>, el plazo para emitir la resolución de reconocimiento vencía el 25 de septiembre de 2013.

Lo anterior, quiere decir que a partir de la fecha de la solicitud, la entidad contaba con 70 días hábiles para efectos de reconocer y pagar la aludida prestación, los cuales vencieron el 16 de diciembre de 2013<sup>6</sup>, de tal suerte que el derecho a reclamar la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías parciales solicitadas culminó el 17 de diciembre de 2016.

Aunado a lo anterior, la obligación de la administración a pagar la sanción por mora nace a partir de su exigibilidad, es decir a partir del momento mismo en que superó el plazo máximo para el pago de las cesantías definitivas y/o parciales, razón por la cual si a partir de ese momento la reclamación de la sanción supera los tres años se configura el fenómeno de la prescripción trienal.

Así las cosas, comoquiera que la actora elevó la solicitud de la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales el **9 de marzo de 2015** (fs. 3 a 5), se observa que se interrumpió el término de prescripción, como lo dice el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>7</sup>, se interrumpe pero sólo por un lapso igual, por lo que tenía hasta el **9 de marzo de 2018** nuevo lapso para presentar la demanda, observando que la fecha de radicación de la misma fue el día **13 de marzo de 2018** según folio 1 del expediente, por lo tanto se presentó la demanda cuando ya habían transcurrido más de tres años desde que se interrumpió la prescripción, configurandose de esta manera el fenómeno de la prescripción en el presente caso, tal como lo manifestó el *a quo*.

En esos términos, se confirmará la sentencia del 8 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual declaró de oficio la excepción de prescripción y, como consecuencia, se negó las pretensiones de la demanda.

---

<sup>5</sup> Así se advierte en la Resolución No. 0832 de 26 de noviembre de 2013.

<sup>6</sup> El pago de las cesantías parciales se realizó el 12 de junio de 2014 (f. 8).

<sup>7</sup> “Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”. Subrayado de la Sala.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

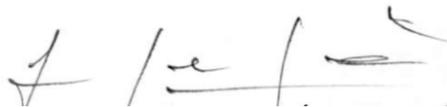
**Primero. - Confirmar** la sentencia del 8 de marzo 2019, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito de Girardot que declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho y, como consecuencia, negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Ana Doris Parra Cifuentes contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo manifestado en las consideraciones de la sentencia.

**Segundo. - Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.**

**Tercero. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.**

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333500920180044001  
Demandante : **Jairo Enrique Contreras Mendoza**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Descuento de salud de la mesada adicional de diciembre  
Actuación : Recurso de apelación contra auto que rechazó la demanda por no subsanarla

### ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la apoderada de la parte demandante, contra el auto de 18 de febrero de 2019 proferido por el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 30 a 32), mediante el cual se rechazó la demanda por no haberla subsanado dentro de la oportunidad legal establecida.

### ANTECEDENTES PROCESALES

El señor Jairo Enrique Contreras Mendoza, a través de apoderada, acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto o presunto producto de la existencia del silencio administrativo negativo en relación con la petición presentada el 7 de noviembre de 2017, mediante el cual se solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de diciembre.

Como consecuencia de la nulidad solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reintegrar todos los descuentos del 12% con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado, esto es, desde el 3 de

febrero de 2006, así como la suspensión de los descuentos mencionados; iv) indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor IPC; v) dar cumplimiento al fallo de conformidad a lo establecido en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y vi) condenar en costas del proceso.

Mediante auto de 2 de noviembre de 2018, el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Bogotá inadmitió la presente demanda para que fuera subsanada en el término de 10 días, señalando que se deben establecer cuales son los sujetos entre quienes existe la relación por aportes a salud, es decir entre el acreedor y deudor de los aportes, por lo que señaló que se debe vincular a la entidad destinataria de los aportes, que en este caso es una EPS, la cual no fue demandada y es quien recibe esos dineros para cumplir sus obligaciones en la prestación de servicio de salud y es quien debe devolver y ordenar que no se realicen más descuentos por dicho concepto.

Mediante escrito de 9 de noviembre de 2018, la apoderada de la parte actora presentó escrito de subsanación de la demanda contra el auto de fecha 2 de noviembre de 2018, indicando que la demanda está dirigida contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por cuanto quien debe reconocer las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, por lo que insiste en que el reconocimiento pretendido, en este caso el reintegro y suspensión de los descuentos realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales y el pago de la misma corresponde a la mencionada entidad.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Mediante auto de 18 de febrero de 2019, el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Bogotá, rechazó la demanda por no haberse subsanado la misma conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, argumentando que inicialmente en el caso bajo estudio son las EPS las que deben integrar el contradictorio, pues en el presente caso se tiene como objeto la devolución y suspensión de los descuentos de salud, de una relación entre la EPS y el empleado público, por lo que concluyó que existe una indebida integración del contradictorio, por no demandar a la entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliado el demandante.

Manifestó que la relación del empleado con la EPS comprende la obligación de pagar una cuota por dicho concepto y por ese pago adquiere el derecho a la prestación de servicios de salud, por lo tanto indica que quien tiene derecho a esos dineros es la EPS, quien los recibe del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por lo tanto es el único que dispone de ellos incluso para la devolución de los mismos, por lo tanto se procedió a rechazar la demanda.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la referida decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación reiterando lo manifestado en la subsanación de la demanda (fs. 33 y 34) donde además de citar apartes jurisprudenciales del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que: «[...] es claro que la demanda es dirigida contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, entre tanto es quien tiene reconocida personería. Según la Ley 115 de 1994, artículo 180, la Entidad que debe reconocer las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional» por lo que solicitó se revoque el auto que rechazó la demanda y en su lugar se admita la demanda en aras de no vulnerarle su derecho al acceso a la administración de justicia.

## TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>1</sup>, se concedió a través de providencia de 4 de marzo de 2019 (f. 36).

## CONSIDERACIONES

**Competencia.** Corresponde a la Sala, con fundamento en el artículo 243 (numeral 1°) de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1[...]

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

<sup>2</sup> Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.

[...]»

demandante, contra el auto de **18 de febrero de 2019**, por medio del cual el Juzgado Noveno (9) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá rechazó la demanda por no haber sido subsanada, conforme al numeral 2º del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si le asiste razón jurídica o no al *a quo* al haber inadmitido la demanda, y posteriormente, dispuesto su rechazo, por no haberse subsanado la demanda conforme al auto que la inadmitió de fecha 2 de noviembre de 2018, o si por el contrario se debe admitir la demanda presentada por el señor Jairo Enrique Contreras Mendoza.

**Análisis de la sala.-** Para desatar el problema jurídico, la Sala procederá a establecer i) los requisitos, oportunidad para presentar la demanda y las causales de rechazo de la demanda; y ii) caso concreto.

#### **Marco normativo.-**

Sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que indica:

*«ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel».*

Por su parte, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala la oportunidad para presentar la demanda de la siguiente manera:

*«[...] la demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo cuando:*

*a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;*

b) *El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;*

c) *Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;*

d) *Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;*

e) *Se solicite el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, siempre que este último no haya perdido fuerza ejecutoria;*

f) *En los demás casos expresamente establecidos en la ley.*

[...]

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

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

[...]

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

[...]».

De la normativa en cita se puede concluir que para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante debe cumplir con los requisitos ya mencionados en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, observando que en el presente caso el actor cumple con los mismos.

Ahora bien, frente al rechazo de la demanda el artículo 169 señaló lo siguiente:

«ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*

1. *Cuando hubiere operado la caducidad.*
2. *Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.*
3. *Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial».*

Expuesto lo anterior, la Sala pasa a determinar, si en el presente caso se configuro alguno de los requisitos para rechazar la demanda en el presente medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho y si es necesaria la vinculación de la EPS, como entidad demandada en el presente proceso.

**(ii) Caso concreto.**

Revisado el expediente se encuentra que el señor Jairo Enrique Contreras Mendoza solicitó se declare la nulidad del acto ficto o presunto producto de la existencia del silencio administrativo negativo en relación con la petición presentada el 7 de noviembre de 2017, mediante el cual se solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de diciembre.

Se observa, en primer lugar que la razón del rechazo de la demanda fue por la causal 2ª del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, que indica que una vez inadmitida la demanda, si no se hubiere corregido la misma dentro de la oportunidad establecida, es decir los 10 días siguientes a la inadmisión, se rechazara la misma.

Frente a lo anterior, se observa que la inadmisión de la demanda fue el día 2 de noviembre de 2018 visto a folios 22 y 23 del expediente, la apoderada de la parte demandante presentó escrito de subsanación de la demanda dentro del término concedido el día 9 de noviembre de 2018 visto a folios 25 a 28, por lo que se observa que la demanda si fue subsanada por la apoderada de la parte actora dentro del término de los diez días siguientes a su inadmisión.

Ahora bien, del contenido de la demanda y del escrito de subsanación se insiste en que se debe tener como demandada sólo a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por lo tanto no es necesario la vinculación como parte demandada de la EPS, como entidad destinataria de los aportes.

Frente a la inclusión de la EPS, a la cual se encuentra afiliado el demandado, como extremo pasivo de la Litis, se observa con extrañeza que el ad quo solicitó se demandara a la misma, pero de la revisión del acto administrativo demandado y de las pretensiones de la demanda, nunca se mencionó a la EPS como entidad demandada ni se realizó ninguna reclamación administrativa ante dicha entidad, por lo anterior no es necesario su vinculación, máxime si se tiene como entidades demandadas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sumado a lo anterior, si era del caso el ad quo podía vincularla como parte demandada, sin necesidad de inadmitir la demanda y posteriormente rechazarla en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia del demandante.

Por lo expuesto, se concluye que no le asiste razón al juez de primera instancia al rechazar la demanda, por lo que se revocará la providencia recurrida y, en su lugar, se ordenará la admisión, previa la verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales.

En consecuencia, se

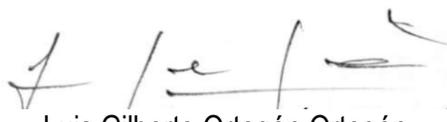
**RESUELVE:**

**Primero. - Revocar** el auto de 18 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Noveno (9) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá dentro del presente proceso, que rechazó la demanda y, en su lugar, admítase previa la verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales.

**Segundo. - Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para continuar con el trámite pertinente, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-020-2019-00020-01  
Demandante : **Olga Ruíz Galindo**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión docente y descuentos por salud en la mesada adicional de diciembre

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 81 a 84) contra la sentencia del 12 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 68 a 80).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 1 a 13) La señora Olga Ruíz Galindo, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) 10827 del 22 de octubre de 2018, por medio de la cual le fue negado el reajuste de la pensión de jubilación; y (ii) 12475 del 14 de diciembre de 2018, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra del primer acto, en el sentido de confirmarlo en todas y cada una de sus partes; y asimismo se declare la existencia del silencio administrativo y, su consecuente nulidad, en razón a que la entidad no ha emitido pronunciamiento de fondo a la petición radicada el 14 de agosto de 2018 con el consecutivo 20180322324782, en lo que concierne a la solicitud de reintegro de los descuentos que se le efectuaron para salud sobre las

mesadas adicionales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reajustarle la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, esto es, del 02 de enero de 2016 al 1.º de enero de 2017, específicamente en el sentido de que además de los factores reconocidos incluirle las primas de servicio, especial y de navidad; (ii) reintegrarle la suma descontada en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año desde que causó el derecho pensional y hasta la expedición de la sentencia; (iii) suspender los descuentos de salud sobre la mesada pensional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia; (iv) pagar los reajustes que se causen con ocasión de la inclusión de todos los factores salariales, con el respectivo descuento de lo ya cancelado; (v) indexar las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación, con aplicación del IPC certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento pensional y hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y (vi) cancelar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Nació el día 11 de octubre de 1951 y desde el 18 de febrero de 1991 laboró como docente al servicio del Estado.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 001016 del 15 de febrero de 2008 reconoció a su favor una pensión de jubilación por aportes, efectiva a partir del 12 de octubre de 2006. Prestación económica que le fue reliquidada a través de la Resolución 8527 del 14 de noviembre de 2017 con ocasión del retiro definitivo del servicio, efectiva a partir del 1.º de enero de 2017, teniendo en cuenta la asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones, es decir, sin incluir todos los factores certificados.

El 19 de febrero de 2018 a través del consecutivo E-2018-30773/2018-PENS-530578 petitionó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio revisar su pensión

de jubilación en razón a que no le fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales que percibió. Solicitud que fue negada por medio de la Resolución 10827 del 22 de octubre de 2018.

En contra del anterior acto administrativo interpuso recurso de reposición. Sin embargo, la entidad accionada mediante la Resolución 12475 del 14 de diciembre de 2018 confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Desde el primer día de pago de las mesadas pensionales le han descontado para salud sobre las mesadas adicionales, sin que exista una norma vigente que así lo ordene. Por ello, el 14 de agosto de 2018 a través del radicado 20180322324782 petitionó ante la accionada reintegrar los dineros descontados en exceso por concepto de salud en mesadas adicionales. No obstante, la entidad demandada no se ha pronunciado en relación con el reintegro y suspensión de dichos dineros, puesto que en Oficio 20180871290531 del 17 de agosto de 2018 solo adjuntó extracto de los valores descontados por salud.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte actora citó como normas violadas por los actos censurados los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, así como las Leyes 57 y 153 de 1887; 71 de 1988; 91 de 1989; 4ª de 1992; 100 de 1993; 812 de 2003; y el Decreto 1073 de 2002.

Para el efecto, expuso que legalmente tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación regida por la Ley 71 de 1988, la cual ordena su reconocimiento en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el año anterior al estatus pensional, donde debe considerarse los medios de prueba que la ley señala como válidos y pertinentes.

Aunado a lo anterior, manifestó que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado no aplica para los docentes al servicio del Estado afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vincularon antes del 26 de junio de 2003, quienes están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por disposición de esa misma normativa, comoquiera que se rigen por la Ley 91 de 1989.

Por otro lado, sostuvo que no son procedentes los descuentos de salud en las mesadas adicionales de cada año, comoquiera que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente dicho

descuento, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, reglamentos que no contemplan esos descuentos para salud en las mesadas adicionales. Por tanto, corresponde a un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales, lo que constituye un abuso, ya que bajo ningún pretexto desde el punto de vista fáctico o de hecho puede existir descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, motivo por el que los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios.

**Contestación de la demanda.** - La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que fue debidamente notificada (fs. 52 y 53).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 12 de junio de 2019 (fs. 68 a 80) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación no le asiste derecho a la demandante a pretender la inclusión de factores sobre los cuales no se efectuaron aportes; pero en lo que concierne a los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre, la entidad demandada si deberá suspender los mismos y devolver dichos valores, al haberlos realizado sin que exista norma vigente que lo permita. Lo anterior, con aplicación del fenómeno de la prescripción para las mesadas anteriores al 14 de agosto de 2015.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 81 a 84), respecto a la negativa de acceder a la reliquidación de su pensión de jubilación, al considerar que le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio.

Para ello, sostuvo que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 debe aplicárseles la Ley 91 de 1989, que remite a la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en su caso al no cumplir con los 20 años de servicio en el sector público le fue reconocida su

pensión de jubilación en aplicación de la Ley 71 de 1988, lo que en su criterio le da derecho a que esa prestación económica le sea reliquidada con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio.

Aunado a lo anterior, solicitó que al emitirse una decisión no sea tenida en cuenta la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, en razón a que en su criterio las reglas fijadas en esa providencia son aplicables a la pensión de los maestros vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, quienes fueron pensionados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985 y les resulta aplicables los factores contemplados en la Ley 62 de 1985, siempre y cuando se haya cotizado sobre los mismos.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 18 de julio de 2019 (f. 94) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 09 de septiembre de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (f. 98).

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 29 de octubre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 101). Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.** - (fs. 102 a 106) Insistió en lo que expuso en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, además de ello sostuvo que en lo que se refiere a los aportes a pensión, el empleador fue el que omitió realizarlos y eso no puede afectar su derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que le fue reconocida por la entidad demandada de conformidad con la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la totalidad de los factores percibidos de manera habitual como trabajador.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Olga Ruíz Galindo le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que a la actora le asiste derecho al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre, pero no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con factores diferentes a los que fueron objeto de cotización, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.** - Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Régimen de transición.** - La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición,

providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y **SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>**, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001–23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido.

verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».

«[...]

92. 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».**

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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 hiciere 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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial, señaló lo siguiente:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones.

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el

inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución 1016 del 15 de febrero de 2008 mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la docente Olga Ruíz Galindo una pensión de jubilación por aportes, en cuantía de \$ 1.438.526 m/cte., a partir del 12 de octubre de 2006. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los salarios del año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha del estatus de la pensionada, específicamente se observa que se incluyó la asignación básica (fs. 17 a 21).

- b. Resolución 8527 del 14 de noviembre de 2017 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en aplicación de las Leyes 71 de 1988, 91 de 1989 y 812 de 2003, así como el Decreto 1160 de 1989, reliquidó la pensión por aportes que le fue reconocida a la señora Ruíz Galindo con ocasión del retiro del servicio, ascendiendo la mesada pensional a la suma de \$ 2.490.667 m/cte., efectiva a partir del 1.º de enero de 2017. Liquidación en la que además de la asignación básica, se le incluyeron los factores denominados bonificación por decreto y prima de vacaciones (fs. 22 y 23).
- c. Derecho de petición radicado el 19 de febrero de 2018 por la demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales, específicamente las primas de navidad, especial y de servicios (fs. 24 a 26).
- d. Resolución 10827 del 22 de octubre de 2018 en la que la Secretaría de Educación del Distrito negó el reajuste de la pensión de jubilación por aportes de la docente Olga Ruíz Galindo al considerar que no le asistía derecho (f. 28).
- e. Recurso de reposición interpuesto por la demandante en contra de la Resolución 10827 del 22 de octubre de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del Distrito (fs. 29 a 32).
- f. Resolución 12475 del 14 de diciembre de 2018 a través de la cual la entidad demandada, en atención a un recurso de reposición, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución 10827 del 22 de octubre de 2018 (fs. 34 y 35).
- g. Solicitud presentada el 14 de agosto de 2018 por la actora, con el fin de que la entidad demandada suspendiera y reintegrara los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año que se le han realizado desde el primer pago de la pensión (f. 36).
- h. Oficio 20180871290531 del 17 de agosto de 2018 expedido por la Fiduprevisora S.A., en el que indicó que adjuntaba los extractos de pago donde se evidenciaban los

valores recibidos, descuentos efectuados y fecha de pago (fs. 37 a 40).

- i. Formato único para expedición de certificado de salarios, del que se desprende que la señora Olga Ruíz Galindo en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2016 y el 30 de diciembre de ese mismo año percibió los siguientes factores: salario, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad. Al respecto, se observa que únicamente sobre el salario y la prima de vacaciones la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. certificó que se cotizaba para seguridad social (f. 42).
- j. Formato único para expedición de certificado de historia laboral, del que se extrae que la aquí demandante estuvo vinculada como docente desde el 18 de febrero de 1991 hasta el 1.º de enero de 2017 (fs. 43 y 44).
- k. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Olga Ruíz Galindo, en la que consta que nació el 11 de octubre de 1951 (f. 45).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de las Resoluciones 10827 del 22 de octubre de 2018 y 12475 del 14 de diciembre de 2018, a través de las cuales la entidad accionada le negó el reajuste de la pensión de jubilación y resolvió desfavorablemente un recurso de reposición interpuesto en contra del primer acto; y asimismo se declare la existencia del silencio administrativo y su consecuente nulidad, con ocasión de la petición presentada el 14 de agosto de 2018, con la que pretendía el reintegro y suspensión de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Olga Ruíz Galindo pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta, además de los factores liquidados, las primas de servicio, especial y de navidad, las cuales percibió en el año anterior al retiro del servicio, con los respectivos reajustes y la indexación a que haya lugar; así como reintegrar el valor correspondiente a los descuentos para salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

El 12 de junio de 2019 el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la suspensión y el reintegro de los descuentos de salud que la accionada realizó sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre, con aplicación del fenómeno de la prescripción para las mesadas anteriores al 14 de agosto de 2015. Sin embargo, negó la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de factores que no fueron objeto de cotización.

La demandante impugnó lo concerniente a la negativa de acceder a la reliquidación de su pensión de jubilación, pues a su juicio le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio. Igualmente, solicitó no sea tenida en cuenta la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, en razón a que en su criterio las reglas fijadas en esa providencia son aplicables a la pensión de los maestros vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, quienes fueron pensionados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985 y les resulta aplicables los factores contemplados en la Ley 62 de 1985, siempre y cuando se haya cotizado sobre los mismos.

De esta manera, el tema objeto de discusión en esta instancia se centra únicamente en determinar si le asiste o no derecho a la señora Olga Ruíz Galindo a obtener su reliquidación pensional por aportes teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio. Por tanto, no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con el régimen pensional que le fue aplicado a la actora y tampoco respecto a los descuentos de salud que se efectuaron sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 1016 del 15 de febrero de 2008 reconoció a favor de la docente Olga Ruíz Galindo una pensión de jubilación por aportes, en cuantía de \$ 1.438.526 m/cte., a partir del 12 de octubre de 2006. Mesada pensional que fue liquidada con el 75% de la asignación básica.

La anterior prestación económica fue reliquidada por medio de la Resolución 8527 del 14 de noviembre de 2017 con ocasión del retiro del servicio, ascendiendo la mesada pensional a la suma de \$ 2.490.667 m/cte., efectiva a partir del 1.º de enero de 2017. Liquidación en la

que además de la asignación básica, se le incluyeron los factores denominados bonificación por decreto y prima de vacaciones; para lo cual le fueron aplicadas las Leyes 71 de 1988, 91 de 1989 y 812 de 2003, así como el Decreto 1160 de 1989.

De lo anterior, puede concluirse que la señora Olga Ruíz Galindo es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, la entidad accionada al reconocerle la pensión de jubilación por aportes le aplicó la Ley 71 de 1988.

Ahora, la Sala colige que a la demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión conforme a todo lo devengado en el último año, ya que como quedó ampliamente expuesto en el acápite normativo, las personas beneficiarias del régimen de transición tendrán derecho a conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto entendido únicamente como la tasa de remplazo, sin que en ningún caso se les pueda aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el régimen anterior, por cuanto este asunto fue excluido por el legislador e incluido en el sistema general de pensiones, así, el IBL deberá ser calculado de acuerdo con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden de ideas, independiente de la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se aplique, el IBL bajo el cual se establecerá matemáticamente el cálculo de las pensiones es el dispuesto en el sistema general de seguridad social.

Así, verificado el certificado de salarios que obra a folio 42 del expediente, se vislumbra que la señora Olga Ruíz Galindo en el último año de servicio, esto es, en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2016 y el 30 de diciembre de ese mismo año, percibió los siguientes factores: salario, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad. Sin embargo, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. certificó que únicamente sobre el salario y la prima de vacaciones se realizaron aportes a seguridad social.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora Olga Ruíz Galindo no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que

no todos se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que el acto administrativo acusado continúa gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

En ese sentido resulta innecesario abordar el régimen pensional previsto en la Ley 71 de 1988, norma que le fue aplicada a la demandante al reconocerle la pensión de jubilación por aportes, comoquiera que sus pretensiones estaban encaminadas a que se le incluyeran todos los factores que percibió en el año anterior al retiro del servicio, razón por la que la discusión se centró únicamente en la aplicación del IBL, por ende, la citada norma en nada incidiría frente al derecho reclamado. Se insiste que sin importar cuál sea la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se aplique, el ingreso base de liquidación no es parte de la transición.

Por último, se advierte que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso particular de la aquí demandante, pues la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada providencia, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación

de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Olga Ruíz Galindo en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Olga Ruíz Galindo en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-016-2017-00325-01  
Demandante : **María Elena Daza Gallo**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Sanción moratoria

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fs. 174 a 178), contra la sentencia de 21 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de prescripción del derecho dentro del proceso de la referencia (fs. 163 a 170).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 12 a 28) La señora María Elena Daza Gallo, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo configurado el día 9 de marzo de 2017, respecto de la petición presentada el 9 de diciembre de 2016, el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada (i) pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el día hábil siguiente al día setenta (70) después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la

misma; (ii) reajustar los valores reconocidos, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor IPC, desde la fecha que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia; (iii) pagar los intereses moratorios y/o corrientes, desde el momento en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectúe el pago total de la misma; (iv) condenar en costas a la demandada.

**Fundamentos fácticos.-** La actora señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Mediante petición del 15 de marzo de 2013, solicitó ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

La Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a través de la Resolución 6096 del 29 de octubre de 2013.

El pago de las cesantías parciales se produjo el 11 de diciembre de 2013, a través de entidad bancaria.

A partir del 15 de marzo de 2013, fecha en la que presentó la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales, los entes accionados tenían plazo para cancelarlas el 3 de julio de 2013, pero solo se hizo el pago hasta el 11 de diciembre de 2013, esto es, 157 días después.

El 9 de diciembre de 2016 se presentó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías parciales a las entidades demandadas quienes resolvieron negativamente en forma ficta a las pretensiones invocadas.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte demandante citó como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Sostuvo que el acto administrativo demandado transgredió las disposiciones antes mencionadas, comoquiera que se desconoció que la mora superior a los 70 días dados para

reconocer y pagar las cesantías, genera de manera automática una indemnización de carácter legal de un (1) día de salario por cada día de retardo y hasta cuando se verifique el pago.

Adujo que en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo se acreditará con la no cancelación dentro del término previsto.

Aseguró que demostró cumplir con los requerimientos legales para que las accionadas paguen la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas reconocidas a su favor y citó jurisprudencia del Consejo de Estado respecto al tema a tratar.

**Contestación de la demanda.** (fs. 133 a 142) El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En lo relacionado con los hechos indicó que algunos son ciertos y otros no le constan.

Sostuvo que las llamadas a responder por todo aquello relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales y la sanción moratoria de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la secretaria de educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció el docente.

Señaló que el Decreto 2831 de 20045 no consagra alguna sanción por mora en el pago de las cesantías, por tanto, la sanción dispuesta en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que sería imposible aplicarle dicha sanción de manera analógica al no encontrarse tipificada en dicho decreto.

Solicitó la prescripción del derecho, que resultare probado y que estén sometidas al término de prescripción de tres años, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Dieciséis (16) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada el 21 de marzo de 2019, declaró probada la excepción de prescripción del derecho, comoquiera

que de las pruebas obrantes en el expediente se observó que a partir del 3 de julio de 2013, se cumplieron los 70 días que contempla las leyes para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, teniendo en cuenta que las mismas fueron solicitadas el 15 de marzo de 2013, por lo que contaba con los 3 años para reclamar el derecho en mención que vencieron el 4 de julio de 2016.

Sostuvo que la petición del pago de la sanción moratoria fue presentada el 9 de diciembre de 2016, advirtiéndose que operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación (fs. 174 a 178), en el cual reiteró lo manifestado en el escrito de demanda.

Manifestó que comoquiera que no se tenía certeza de cuándo se realizaría efectivamente el pago de la cesantía que había sido reconocida a favor de la señora María Elena Daza Gallo, para efectos de la prescripción en el caso que nos ocupa, se deberá tener en cuenta la fecha en que se puso a disposición de la demandante la cesantía parcial, esto es, el 11 de diciembre de 2013.

Aseguró que en el presente caso, no transcurrió un tiempo superior a los 3 años desde que se puso a disposición la cesantía hasta la solicitud del pago de la sanción moratoria, toda vez que no se tuvo en cuenta la fecha en que se debió realizar el pago, esto es, el 3 de julio de 2013, término que no resuelta procedente ya que no se tiene certeza de cuándo se va a realizar dicho pago para que la obligación se considere exigible.

Solicitó a este despacho revocar la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda en las condiciones y por los montos señalados en la misma.

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido el 26 de abril de 2019 (f. 180) y admitido por esta Corporación el 4 de octubre de 2019 (f. 184); auto en el que se dispuso la notificación personal

al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019 (f. 187), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara; oportunidad que fue aprovechada por parte demandante.

**Parte demandante.-** (fs. 189 a 195) Reiteró lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, donde insiste en que para efectos de la prescripción, se deberá tener en cuenta desde la fecha en que se puso a disposición de la demandante la cesantía parcial, esto es, el 11 de diciembre de 2013, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica, o no, para reclamar la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío en las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución 6096 de 29 de octubre de 2013.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia al encontrar probada la excepción de prescripción del derecho, de conformidad con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

## De la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas

La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995<sup>2</sup> contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

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

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

**Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.»** (Se subraya).

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>3</sup>, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado** y en el artículo 2 *ibidem* el legislador contempló el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

***«Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.»***

En esos términos, se colige que los términos para el reconocimiento y pago de la referida prestación son:

1. Radicada la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (parciales o definitivas),

<sup>2</sup> «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>3</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

la entidad cuenta con 15 días hábiles para expedir el respectivo acto administrativo.

2. Si la mencionada solicitud se encuentra incompleta, la entidad cuenta con 10 días hábiles contados a partir del recibo de esta para informarle al interesado los documentos faltantes y una vez aportados deberá proferir la decisión correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes.

3. Expedido y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías (5 o 10 días de ejecutoria, según la fecha de expedición del acto administrativo), la Administración cuenta con un plazo máximo de 45 días para efectuar el pago.

En este orden de ideas, formulada la petición, la entidad pagadora tiene 65 o 70 días, según el caso, para emitir el acto de reconocimiento de las cesantías (definitivas o parciales) y cancelarlas. Vencido el anterior término, deberá reconocer y pagar a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo hasta que efectivamente se produzca el pago.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia en los siguientes aspectos:

a) El docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

b) Cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

c) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en la Ley 1437 de 2011, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento

por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

d) Cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

e) Tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

f) Es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Además, la Corporación en mención precisó que las reglas contenidas en dicha sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial y, además, que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que la decisión no tiene efectos retroactivos.

En ese sentido, para efectos de resolver la controversia planteada, se concluye que existe un término perentorio para que la entidad pague la cesantía, es decir, 65 días en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y 70 días al amparo de la Ley 1437 de 2011, siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías.

**Acervo probatorio.-** De conformidad con el material probatorio traído al plenario, se destaca:

a) Derecho de petición presentado el 9 de diciembre de 2016, ante la demandada por parte del apoderado de la señora María Elena Daza Gallo, con el cual solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales (fs. 3 y 4).

b) Resolución 6096 de 29 de octubre de 2013 «*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparaciones Locativas*», emitida por la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que se evidencia que la solicitud de reajuste la realizó el 15 de marzo de 2013 (fs. 5 a 7).

c) Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, en el que consta que las cesantías parciales de la demandante fueron canceladas el día 11 de diciembre de 2013 (fl. 8).

d) Constancia expedida por la Procuraduría 3ª Judicial II para Asuntos Administrativos, que indica se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio el día 6 de septiembre de 2017 (fs. 9 a 11).

e) Formato único para la expedición de certificado de salarios e historia laboral, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que se observa que la demandante María Elena Daza Gallo, se vinculó como docente en propiedad y que percibió asignación básica, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad (fs. 83 y 84).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa y de las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) mediante escrito del 15 de marzo de 2013, la demandante solicitó de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, (ii) a través de Resolución No. 6096 del 29 de octubre de 2013 se despachó de manera favorable la anterior solicitud, (iii) el 11 de diciembre de 2013, la entidad puso a disposición el pago efectivo de dicha prestación.

En lo que concierne a la sanción moratoria aquí deprecada se tiene que la Administración cuenta con: (i) 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo y remitirlo a la Fiduciaria La Previsora S.A. contados a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías por parte del interesado y (ii) 45 días hábiles contados una vez se encuentre ejecutoriado (10<sup>4</sup> días) el mencionado acto, para realizar el pago.

---

<sup>4</sup> Toda vez que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales fue expedido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, esto es, del dos (2) de julio de 2012.

Teniendo en cuenta que la demandante radicó la mencionada solicitud el 15 de marzo de 2013<sup>5</sup>, el plazo para emitir la resolución de reconocimiento vencía el 4 de julio de 2013, por lo tanto, el término de los 45 días hábiles para efectuar el pago, empezó a correr el 24 de abril de 2014 (fecha que resulta de contar 15 días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud, más 10 de ejecutoria) y feneció el 4 de julio de 2013.

Lo anterior quiere decir que a partir de la fecha de la solicitud, la entidad contaba con 70 días hábiles para efectos de reconocer y pagar la aludida prestación, los cuales vencieron el 4 de julio de 2013<sup>6</sup>, de tal suerte que el derecho a reclamar la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías definitivas solicitadas culminó el 5 de julio de 2016, en razón al fenómeno prescriptivo.

Con el objeto de precisar el sentido de la anterior afirmación, la Sala considera pertinente indicar que el Consejo de Estado<sup>7</sup> en sentencia de Unificación CE-SUJ2No.004 de 2016, con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, respecto de la prescripción de la sanción por mora concluyó:

**«i) Prescripción de los salarios moratorios**

*Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.*

*Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*

*Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*

**Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:**

<sup>5</sup> Así se advierte en la Resolución 6096 de 29 de octubre de 2013.

<sup>6</sup> El pago de las cesantías parciales se realizó el 11 de diciembre de 2013 (f. 8)

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2No.004 de 254 de agosto de 2016. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

**“Artículo 151. -Prescripción.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990».

En la misma providencia en lo que corresponde a la reclamación de la sanción moratoria se precisó lo siguiente:

**«ii) Reclamación de la sanción moratoria.**

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

[...]

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías,

**debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.».**

A tono con lo expuesto se advierte que a los asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se aplica el fenómeno de la prescripción trienal consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Excluyendo de esta manera las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto al mencionado fenómeno, toda vez que para el momento de su expedición no existía dentro del ordenamiento jurídico la sanción bajo estudio.

Aunado a lo anterior, la obligación de la administración a pagar la sanción por mora nace a partir de su exigibilidad, es decir a partir del momento mismo en que superó el plazo máximo para el pago de las cesantías definitivas y/o parciales, razón por la cual si a partir de ese momento la reclamación de la sanción supera los tres años se configura el fenómeno de la prescripción trienal.

Así las cosas, comoquiera que la actora elevó la solicitud de la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales el **9 de diciembre de 2016** (fs. 3 y 4), esto es, cuando ya habían transcurrido más de tres años desde que la obligación se hizo exigible (**4 de julio de 2016**), se tiene que operó el fenómeno prescriptivo en el presente caso, tal como lo manifestó el *a quo*.

Por lo expuesto, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia apelada.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

[...]».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero.- Confirmar** la sentencia de 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo del Circuito de Bogotá que declaró probada la excepción de prescripción del derecho en el proceso instaurado por la señora María Elena Daza Gallo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

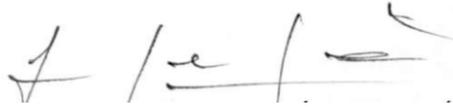
expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortegón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307-33-33-003-2018-00065-01  
Demandante : **Ramiro Madroño Apolindar**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante (fs. 104 a 108) y demandada (fs. 119 y 120) contra la sentencia del 10 de abril de 2019 proferida en audiencia inicial por el Juzgado Tercero (3) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 93 a 97 vto).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 3 a 30) El señor Ramiro Madroño Apolindar, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad de los Oficios (i) 2016-63152 del 21 de septiembre de 2016, por medio del cual la demandada negó el incremento del 20% en su asignación de retiro y el reajuste de dicha asignación para que se realice de manera correcta la liquidación de la prima de antigüedad y (ii) 2017-69076 del 1º de noviembre de 2017, a través del cual se negó la inclusión en la asignación de retiro de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro que le fue reconocida mediante la Resolución 3572 del 22 de julio de 2011, teniendo en cuenta (a) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60%; (b) lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica adicionarle el 38,5% de la prima de antigüedad; e (c) incluir como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, la duodécima parte de la prima de navidad; (ii) reajustar la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento hasta la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación; (iii) indexar todos los valores adeudados; (iv) pagar los intereses de mora sobre los dineros que en esta sentencia se reconozcan a partir de su ejecutoria, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.-** El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional.

Al terminar su servicio militar obligatorio, fue aceptado como soldado voluntario. Y a partir de 1º de noviembre de 2003 se incorporó como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro definitivo.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) mediante la Resolución 3572 del 22 julio de 2011 le reconoció una asignación de retiro.

Radicó derecho de petición ante Cremil, con radicado 20160078311 del 8 de septiembre de 2016, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tomara como base de liquidación la establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y se liquide la prima de antigüedad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Como respuesta a la anterior petición, Cremil a través de Oficio 2016-63152 del 21 de

septiembre de 2016, negó las peticiones solicitadas.

El 12 de octubre de 2017, radicó derecho de petición ante la entidad demandada (Radicado No. 20170095773), a fin de solicitar la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro. Petición que obtuvo respuesta negativa por parte de Cremil mediante el Oficio 2017-69076 del 1º de noviembre de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** El actor citó como normas violadas por los actos demandados el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Leyes 131 de 1985, 4 de 1992, 923 de 2004; así como los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Expuso que desde que le fue reconocida la asignación de retiro, Cremil viene liquidando su asignación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicado el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados.

Sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) le viene liquidando la asignación de retiro sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%, lo que hace que se presente una doble afectación a la partida prima de antigüedad.

Por último, expuso que debe incluirse como partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

**Contestación de la demanda.** (fs. 59 a 63 vto) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho. Para ello, expuso que por medio de la Resolución 3433 del 18 de enero de 2018 la entidad efectuó el incremento del 20% reclamado en el salario básico, acto que se encuentra debidamente ejecutoriado y se adjunta al proceso.

Asimismo, sostuvo que al actor corresponde la asignación de retiro calculada con el 70% del sueldo básico (salario más el 40% del mismo) incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Finalmente, manifestó que no existe fundamento para incluir y liquidar como partida computable la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales, comoquiera que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se contempló esa partida solo para los oficiales y suboficiales. Por ende, no se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados al no configurarse ninguna causal de nulidad.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot mediante sentencia del 10 de abril de 2019 dictada en audiencia inicial (fs. 93 a 98 vto) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de indicar que le asiste razón al demandante a que se reajuste su asignación de retiro en cuanto al incremento del 20%, comoquiera que cumple con los requisitos contenidos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto al reajuste en la forma de liquidar la prima de antigüedad, manifestó que de conformidad a los diferentes procesos que se han debatido en esta jurisdicción, es claro que Cremil está liquidando las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, sumando el salario mensual y el 38,5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabiliza el 70%, dando como resultado una doble afectación de dicha prima que la ley no prevé.

En lo referente a la duodécima parte de la prima de navidad, indicó que la tesis adoptada por ese despacho es que la exclusión de dicha prima en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, no transgrede el derecho a la igualdad, máxime, cuando el Decreto 4433 de 2004 dispone el reconocimiento de la mentada prima únicamente para liquidar las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Finalmente, en la parte considerativa indicó que se presentó el fenómeno de la prescripción cuatrienal de las mesadas causadas antes del 8 de septiembre de 2012, toda vez que la

petición de reajuste fue presentada el 8 de septiembre de 2016 y la asignación fue reconocida el 30 de agosto de 2011.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

**Parte demandante.-** (fs. 104 a 108) Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del demandante, mediante escrito de 30 de abril de 2019 interpuso recurso de apelación parcial, en el sentido de indicar que Cremil en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, establece el 38,5% de la prima de antigüedad establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, del 100% de la asignación básica; cuando en la parte motiva de la sentencia apelada se dispuso la liquidación del 38,5% de la prima es sobre lo que devengaba en servicio, según la parte actora, no de un 100%, sino de 58,5%, el cual tenía reconocido en actividad.

**Parte demandada.-** (fs. 119 a 120) Frente a la anterior decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación el 2 de mayo de 2019, en el que aseveró que en lo que concierne a la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, se encuentra suficientemente claro que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación mensual de retiro con el 70% de lo que resulta sumar el sueldo básico y el 38,5% de la prima de antigüedad. Motivo por el cual solicitó que se revoque parcialmente la sentencia.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos por las ambas partes fueron concedidos en diligencia de conciliación mediante auto del 6 de junio de 2019 (f. 128) y admitidos por esta Corporación en auto del 19 de septiembre de 2019 (fs. 133); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.-** Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 17 de enero de 2020 (f. 136), para que aquellas alegaran de conclusión y

éste conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.**- A la Sala corresponde determinar si a la asignación de retiro del señor Ramiro Madroñero Apolindar en condición de soldado® se le deben hacer los siguientes reajustes: i) incrementar el 20% adicional al sueldo básico, ii) reliquidar el 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad, iii) incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable; y iv) modificar el término de prescripción adoptado por el juez de primera instancia.

**Tesis de la Sala.**- En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de negar el reajuste del 20% en la asignación básica, toda vez que la entidad demandada aportó al plenario acto administrativo con el cual se demuestra que dicho reajuste ya fue realizado.

Igualmente, se modificará el término prescriptivo aplicado, esto es, el cuatrienal, ya que el correcto es el trienal.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

<sup>4</sup> Parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

---

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente formula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

#### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

#### **De la prima de antigüedad.-**

En relación con la asignación de retiro para los soldados profesionales, el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que entre las partidas computables para efecto de la liquidación está la asignación mensual de retiro a pagar, en el equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Sobre el tema el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, ratificó los lineamientos fijados en jurisprudencia anterior<sup>9</sup> reafirmando que para evitar una doble afectación a las partidas, se opta por la interpretación más favorable que conlleva a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{«(Salario x 70\%) + (salario x 38.5\%) = Asignación de Retiro»}$$

Adicionó, en virtud de su importancia que *«el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2015, radicado N°. 11001-03-15-000-2015-00801-00, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

*obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio».*

Lo previo sin olvidar que el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

### **Prima de navidad en el caso particular de los soldados profesionales.-**

El Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5.º, previó que aquel personal que se encuentre en servicio activo tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad, equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual debe ser pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, la prima de navidad en mención no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como si se dispuso para el grupo de oficiales y suboficiales.

En razón a ello, surgieron situaciones en las que se invocó la garantía al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. No obstante, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, dejó claro que por disposición del legislador se excluyó la prima de navidad como partida computable en el caso de los soldados profesionales, además, resaltó que no puede considerarse que esa normativa contraría o atente contra el artículo 13 constitucional, puesto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio.

En esos términos, ha de entenderse que al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe incluirse las partidas estipuladas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, además de las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa y sobre los cuales se efectúen las respectivas cotizaciones.

### **De la prescripción.-**

La prescripción, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

Esta materia está regulada por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que dispone lo siguiente:

*«ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.*

*El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.*

*Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso».*

Teniendo en cuenta la normativa transcrita, es preciso decir que los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor de los integrantes de la fuerza pública prescriben en tres (3) años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

a) Derecho de petición presentado el 8 de septiembre de 2016 por el demandante ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta el salario básico establecido en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo aumentado en un 60%; y se aplicara de manera correcta la liquidación de la prima de antigüedad (fs. 31 a 34).

b) Oficio 2016-63152 del 21 de septiembre de 2016, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) resolvió de manera negativa la anterior petición (fs. 35 y 35 vto).

c) Derecho de petición radicado ante Cremil el 12 de octubre de 2017, por el señor Ramiro Madroñero, con el propósito de solicitar la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, como partida computable (fs. 36 y 37).

d) La anterior petición fue resuelta negativamente a través del Oficio 2017-69076 del 1º de noviembre de 2017 (fs. 38 y 38 vto).

e) Certificación emitida el 9 de septiembre de 2016 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Madroñero Apolindar Ramiro en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Centro de Reentrenamiento Táctico del Ejército, con sede en la ciudad de Tolemaida, Tolima (f. 39).

f) Hoja de servicios 3-16453900 del 10 de junio de 2011, en la que se constata que el 30 de mayo de 2011 el actor se retiró del servicio por tener derecho a la pensión. Asimismo, se observa que el subsidio familiar le fue reconocido el 30 de noviembre de 2006 (fs. 40 y 40 vto).

g) Resolución 3572 del 22 de julio de 2011 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Ramiro Madroñero Apolindar, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 41 y 42).

h) Certificado expedido por el responsable del área de atención al usuario de Cremil, en el que consta que para la liquidación de su asignación de retiro se tuvo en cuenta el sueldo básico (SMLMV + 40), y la prima de antigüedad en un 38,5%, esto en un porcentaje de liquidación del 70% (f. 43).

i) Resolución 3433 del 18 de enero de 2018 emitida por la entidad accionada, en la que ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del soldado profesional ® Ramiro Madroñero Apolindar (fs. 78 a 80).

j) Expediente administrativo correspondiente al señor Ramiro Madroñero Apolindar (fs. 73 a 84).

**Caso concreto.** - El señor Ramiro Madroñero Apolindar a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima; e incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica.

Sobre el particular, se observa que el juez de primera instancia ordenó reajustar la asignación de retiro del aquí demandante con i) el incremento del 20% del sueldo básico y ii) en lo que concierne a la liquidación del 38.5% de la prima de antigüedad, con la respectiva indexación de las sumas que resulten de la reliquidación de esa prestación, la cual deberá efectuarse según la parte resolutive de la sentencia a partir del 30 de agosto de 2011, pero con efectos fiscales a partir del 8 de septiembre de 2012, por prescripción cuatrienal.

En este sentido, se encuentra que el recurso de apelación interpuesto por el actor consistió en discutir únicamente lo referente a los valores a tener en cuenta para reajustar la asignación de retiro con el 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Así mismo, el apoderado de la entidad demandada manifestó que la liquidación de la prima de antigüedad se está haciendo conforme a derecho, esto es, calculando el 70% de lo que resuelta de sumar el sueldo básico más el 38,5% de la prima de antigüedad.

De las pruebas enunciadas se colige que el señor Ramiro Madroñero Apolindar estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 18 de noviembre de 1992, posteriormente fue incorporado en condición de soldado profesional desde el 1° de noviembre de 2003, y se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 3572 de julio 22 de 2011, por haber cumplido más de 20 años de servicio, en los siguientes términos:

**«RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1o.** Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor **del señor Soldado Profesional (r) del Ejército RAMIRO MADROÑERO APOLINDAR** [...] con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 30 de agosto de 2011, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto [sic] 2209 de 30 de diciembre de 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad.

[...]».

Visto lo anterior, en principio se advierte que como quiera que el demandante al 31 de diciembre de 2000 se encontraba incorporado como soldado voluntario y luego se le vinculó como soldado profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de acuerdo con los artículos 4.° de la Ley 131 de 1985 y 1.° del Decreto 1794 de 2000, tal como se expuso en el acápite del marco normativo.

De esta manera, se observa que la **asignación de retiro** de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que en el reconocimiento de la asignación de retiro la

entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgarle al demandante, pues solo le incrementó un 40% al SMLMV.

Sin embargo, posteriormente Cremil a través de la Resolución 3433 del 18 de enero de 2018 ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del actor, por lo que se entiende satisfecha esta pretensión. Motivo por el cual se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de negar el reajuste de la asignación de retiro en cuanto a este punto.

Por otra parte, en relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales debe liquidarse con el 38.5% del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

Del certificado de la asignación de retiro proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, básicamente se tiene que la prima de antigüedad fue calculada en el 38,50% siendo \$260.131=, empero con la misma constancia, las cifras obrantes y las documentales en general, no fue posible determinar porque el porcentaje señalado arroja tal resultado, es decir que no se encontró cual es el valor 100% del que se extrajo el respectivo 38,50%, y como quiera que este se sustrae de la asignación mensual que como ya se precisó corresponde a 1 SMLV+60%, de inmediato salta la conclusión de que la prima de antigüedad reconocida debe ajustarse conforme la formula definida por favorabilidad en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, «(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Por lo anterior, en lo que concierne a este punto se confirmará la decisión del juez de primera instancia.

Por otro lado, respecto de la solicitud de inclusión de la **duodécima parte de la prima de navidad** como factor o partida en la asignación de retiro de soldado profesional, se encuentra

decantado que para este régimen no procede su aplicación, de conformidad con la normatividad vigente, lo cual no va en contravía del artículo 13 de la Constitución Política, puesto que no se desconoce en ninguna forma el principio de igualdad, teniendo en cuenta que ese derecho se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio. De allí que no existe un fundamento jurídico que permita inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad el precepto vigente que rige el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, máxime cuando no se estipuló como partida computable en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo manifestó el *a quo*. Motivo por el cual el fallo proferido por el juez de primera instancia debe ser confirmado en este punto.

Finalmente, en lo referente al tema de la **prescripción**, sobre este asunto la Sala resalta que si bien es cierto había sido postura de varias subsecciones del Consejo de Estado y de otros despachos judiciales inaplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, basado en una presunta extralimitación del poder ejecutivo, para en su lugar aplicar la prescripción cuatrienal, también lo es, que a partir del auto de fecha 27 de julio de 2017<sup>10</sup>, que negó la suspensión de la inaplicación del mentado artículo, quedó incólume dicha norma que regula que la prescripción de las pensiones de los miembros de la fuerza pública es trienal.

Aunado a ello, años más tarde la misma Corporación zanjo definitivamente dicha discusión al proferir la sentencia del 10 de octubre de 2019<sup>11</sup>, en la que expuso entre otros lo siguiente:

*«En esas condiciones, en el asunto que ocupa la atención de la Sección, al tratarse de una facultad que goza de una potestad de configuración de mayor alcance por parte del Ejecutivo dentro del orden normativo impuesto por la Constitución Política de 1991, se queda sin fundamento el argumento que dio sustento a otras decisiones de las subsecciones en el sentido de inaplicar la regla de prescripción trienal contenida en el Decreto 4433 de 2004.*

[...]

*Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de*

---

<sup>10</sup> Consejo Estado, auto del 27 de julio de 2017 C.P doctor William Hernández Gómez.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2019, C.P doctor William Hernández Gómez, Rad11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015).

*validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional».*

Así las cosas, se tiene que el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo arribó a la conclusión de que no existía un sustento jurídico para continuar inaplicado la regla de prescripción trienal contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que la norma reunía los parámetros de validez.

Por tanto, al haberse denegado la pretensión de nulidad formulada en contra del artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 «*Por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*», se concluye que la norma vigente para estos efectos pensionales de los miembros de la fuerza pública continúa siendo la prescripción trienal.

En consideración a todo lo expuesto la Sala rectifica cualquier postura en la que haya dado aplicación a la prescripción cuatrienal para el caso del régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, ya que si bien en algún momento esta fue su tesis, dicha consideración cambio al negarse la suspensión de la aplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y principalmente al haberse resuelto de manera negativa la pretensión de nulidad en contra de la citada norma.

Así, se tiene que en el caso bajo examen se configuró el fenómeno jurídico de la **prescripción trienal**, toda vez que el demandante consolidó el derecho a percibir asignación de retiro desde el 30 de agosto de 2011, formuló su reclamación el 8 de septiembre de 2016 (fs. 31 a 34) y la demanda fue presentada el 27 de febrero de 2018 (f. 45). En consecuencia, la entidad deberá reliquidar la prestación con efectos fiscales a partir del 8 de septiembre de 2013.

Por consiguiente, se **modificará** la sentencia proferida en audiencia inicial el diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Tercero (3) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Modificar** la sentencia del diez (10) de abril de 2019 proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Ramiro Madroñero Apolindar contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en lo relativo:

Al incremento de la partida del sueldo básico del 20% dentro de la asignación de retiro del señor Ramiro Madroño Apolindar, toda vez que con las pruebas obrantes en el expediente se demostró que dicho reajuste fue ordenado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la Resolución 3433 del 18 de enero de 2018. Igualmente se establece que la prescripción aplicada al caso concreto es trienal, lo anterior conforme a las razones expuestas.

**Segundo-** Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

**Tercero-** Sin condena en costas.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2018-00238-01  
Demandante : **José Alexander Martínez Sierra**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A.  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión docente

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 81 a 85) contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 12 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 67 a 73).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 17 a 25) El señor José Alexander Martínez Sierra, a través de apoderada, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución 3586 del 11 de abril de 2018, por medio de la cual se reliquidó la pensión del accionante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) reliquidarle la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad del promedio de salarios devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, esto es, incluir además de los ya reconocidos, la prima de

servicio y la bonificación decreto; (ii) indexar los valores de las diferencias adeudadas desde la adquisición del status pensional con aplicación de la variación del IPC; (iii) dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y (iv) cancelar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.-** El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Nació el 23 de diciembre de 1950 y laboró como docente al servicio del Estado desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 15 de abril de 2016.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 3208 del 31 de julio de 2006 reconoció a su favor una pensión de jubilación.

Mediante Resolución 2301 del 7 de marzo de 2016, fue retirada del servicio docente por cumplir la edad de retiro forzoso.

El 26 de octubre de 2017 solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustar su pensión de jubilación, toda vez que para liquidar la misma no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados el año anterior al retiro definitivo del servicio.

A través de la Resolución 3586 del 11 de abril de 2018, se resolvió la anterior petición, en el sentido de ajustar la pensión, en la que se incluyeron los factores salariales de asignación básica, primas de alimentación, especial, vacaciones y navidad y bonificación decreto [sic], dejando de lado la prima de servicios y la bonificación decreto.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte actora citó como normas violadas por el acto administrativo censurado los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; Leyes 57 y 153 de 1887; Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 4 de 1992; Ley 812 de 2003; Ley 100 de 1993; Decreto 1073 de 2003 y demás normas concordantes.

Para el efecto, expuso que la Ley 33 de 1985 establece los factores que deben tenerse en cuenta en la base de liquidación de los aportes, prescripción que fue modificada por el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, para lo cual precisó que la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de sentencia del 04 de agosto de 2010, expediente 0112-09, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, concluyó que los factores enlistados en la normativa en mención no pueden considerarse de manera taxativa y, por ende, deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional todos los factores percibidos en el año anterior al que se adquirió el status pensional.

Aunado a lo anterior, resaltó que al haber ingresado a prestar sus servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional es el estipulado para el magisterio en las disposiciones legales vigentes anteriores a dicha norma, tales como la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989, según las cuales el monto de la mesada pensional se liquida con base en los salarios percibidos durante el último año de servicio.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 55 a 59) La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando en resumen que no es la legitimada en la causa por pasiva para responder por lo relacionado a los reconocimientos de las prestaciones sociales, sino que es la Secretaría de Educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció el docente.

La Fiduprevisora S.A. no contestó la demanda.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia dictada en audiencia inicial el 12 de junio de 2019 (fs. 67 a 73) negó las pretensiones de la demanda al concluir que no hay lugar a acceder a las mismas, toda vez que referente al factor reclamado, esto es, la prima de servicios, no se acreditó que hubiere realizado los aportes que permitan su inclusión en el Ingreso Base de Liquidación.

Aclaró que, aunque no es objeto de debate en el presente caso, el ente demandado incluyó en la liquidación pensional los factores de prima especial, bonificación decreto y prima de navidad que tampoco satisfacen la exigencia del artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 81 a 85), en el sentido de discutir que la sentencia del 04 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la cual se adoptó el criterio de que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señala de forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros factores devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Agregó que el descuento para la cotización sobre el salario con todos los factores salariales devengados en habitual y periódicamente, se omitió por el empleador, lo que no puede afectar el derecho del actor a que se le reconozcan todos los factores salariales que devengó habitualmente como trabajador.

Finalmente, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 17 de julio de 2019 (f. 87) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 19 de septiembre de 2019 (f. 92), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 17 de enero de 2020, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 95). Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante y el ministerio

público.

**Parte demandante.-** (fs. 98 a 103) Insistió en los argumentos narrados en la demanda y en el recurso de apelación.

**Ministerio Público.-** (fs. 104 a 117). La Procuradora 55 Judicial II Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que la normativa y la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa en su Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, al fijar como regla, que los factores a incluir en el IBL de la liquidación de la pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y que por ende, se rigen por la Ley 33 de 1985, son los emolumentos enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, normatividad que le es aplicable al aquí demandante.

Agregó que el actor cumple con los requisitos para ser beneficiario de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, esto es con la aplicación de los requisitos de edad y tiempo de servicios que cada normativa contempla, además en un monto del 75%; sin embargo como el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual solo deben incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización a seguridad social en pensión, durante el tiempo que le hiciera falta para el reconocimiento de la pensión o el promedio de los últimos 10 años, siempre y cuando estén enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Precisó que la demandada a través de la Resolución 3586 del 11 de abril de 2018, calculó el IBL conforme al nuevo régimen que para tal efecto correspondía a la situación pensional al actor, con su respectiva actualización.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al señor José Alexander Martínez Sierra le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda en razón a que los factores que el demandante pretende se computen para efectos de liquidarle su pensión de jubilación no se encuentran en la norma que regula su situación particular, esto es, la Ley 62 de 1985, así como tampoco aquella acreditó que sobre los mismos se efectuaron las respectivas cotizaciones al sistema pensional, conforme pasa a exponerse.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **I. Reliquidación pensional docente.-**

El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

[...]».

A su vez, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme a lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

La Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994, y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma

aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificadorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

*«Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones».***

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios».*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los*

*factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 [...]».*

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Cédula de ciudadanía del señor José Alexander Martínez Sierra, en la que se observa que nació el 23 de diciembre de 1950 (f. 1).

b) Resolución 3208 del 31 de julio de 2006, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del docente José Alexander Martínez una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.097.100 m/cte., efectiva a partir del 24 de diciembre de 2005. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los salarios del año anterior al cumplimiento de la fecha del estatus de pensionada, específicamente se observa que se incluyó la asignación básica (fs. 2 a 4).

c) Resolución 2301 de 7 de marzo de 2016, proferida por la subsecretaria de gestión institucional de la Secretaría de Educación Distrital, por medio de la cual se retiró del servicio activo a la demandante al haber cumplido la edad de retiro forzoso (fs. 5 y 6).

d) Derecho de petición, radicado E-2017-186214 del 26 de octubre de 2017, con el cual el accionante a través de apoderada, solicitó a la entidad le reliquidara la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, de conformidad a lo establecido en la Ley 33 de 1985 (fs. 7 a 9).

e) Resolución 3586 de 11 de abril de 2018, proferida por la directora de talento humano de la Secretaría de Educación Distrital, por medio de la cual se ajustó el valor de la pensión de jubilación del actor, en el sentido de incluir como factores salariales además del ya reconocido, esto es, la asignación básica, reconoció los siguientes factores: las primas de alimentación, especial, vacaciones, navidad y bonificación decreto (fs. 10 a 12).

f) Formato único para la expedición de certificado de salarios, emitido por el la Secretaría de Educación Distrital, del que se desprende que el señor José Alexander percibió desde el 1º de enero de 2015 hasta el 14 de abril de 2016 los factores denominados asignación básica, primas de alimentación, especial, especial, servicio, vacaciones y navidad y bonificación

decreto (f. 14).

g) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral emitido por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, del que se desprende que el señor Martínez Sierra fue vinculado a dicho ente como docente en propiedad desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 14 de abril de 2016, día anterior a la fecha del retiro forzoso (f. 15).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad parcial de la Resolución 3586 del 11 de abril de 2018, por medio de la cual la entidad accionada ajustó la pensión de jubilación de la accionante, para que se incluyan todos los factores salariales dentro de la base de liquidación de la mesada pensional devengados en el año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio. Por tanto, entre otras cosas, solicitó que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la accionada reliquidarle su pensión teniendo en cuenta todos los factores percibidos.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la Resolución 3208 del 31 de julio de 2006 reconoció a favor del docente José Alexander una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.097.100 m/cte., a partir del 24 de diciembre de 2005, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica para liquidar la misma.

Así mismo, a través de la Resolución 3586 del 11 de abril de 2018, se reajustó la pensión del accionante a fin de incluir en la liquidación de la pensión, además de la asignación básica, las primas de alimentación, especial, vacaciones, navidad y bonificación decreto.

Sobre el particular, se encuentra que para efectos de la liquidación de la pensión en mención la entidad accionada tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores denominados asignación básica, las primas de alimentación, especial, vacaciones, navidad y bonificación decreto, los cuales fueron devengados en el año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio.

Ahora, verificado el certificado de salarios que obra a folio 14 del expediente se vislumbra

que el docente José Alexander en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 14 de abril de 2016 percibió los siguientes factores: asignación básica, de alimentación, especial, servicios, vacaciones, navidad y bonificación decreto.

Al respecto, la Sala advierte que el demandante en su calidad de docente ingresó a prestar sus servicios en la Secretaría de Educación de Bogotá antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que se encuentra regida por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por consiguiente, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular del demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio del pensionado, siempre que se encuentren relacionados en el artículo 1.° de la Ley 62 de 1985, tal como lo dispuso el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.° de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Por ende, para la Sala es claro que había lugar a liquidarle la mesada pensional con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, con la aclaración de que los mismos deberán encontrarse descritos en el artículo 1.° de la Ley 62 de 1985.

En esos términos, se vislumbra que el señor José Alexander Martínez Sierra en el año anterior al retiro definitivo del servicio, el cual fue tenido en cuenta para efectos de la liquidación

de su pensión de jubilación, percibió asignación básica, prima de alimentación, prima especial, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación decreto, factores de los cuales solo la asignación básica se encuentra en la Ley 62 de 1985, la cual fue incluida correctamente por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá al momento de liquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante.

Sobre el particular, se aclara que no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con las primas de alimentación, especial, vacaciones, navidad y bonificación decreto, las cuales fueron computadas por la entidad accionada al liquidar la pensión de jubilación del aquí demandante, comoquiera que a pesar de no encontrarse dentro de los factores enlistados en la mencionada Ley 62 de 1985, a todas luces resulta improcedente realizar un juicio legal sobre las mismas al no haber sido objeto de control jurisdiccional en el plenario.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular del señor José Alexander Martínez Sierra no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión del factor salarial prima de servicios, el cual fue percibido en el año anterior al retiro definitivo del servicio, toda vez que no se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que el acto administrativo acusado continúa gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere, tal como lo consideró el *a quo*.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>2</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda, en lo referente a la reliquidación pensional por factores salariales, instaurada por el señor José Alexander Martínez Sierra en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

Fiduprevisora S.A., de conformidad con lo aquí expuesto.

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

**FALLA:**

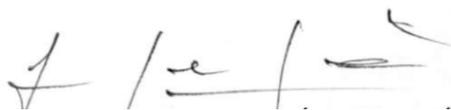
**Primero: Confirmar** la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor José Alexander Martínez Sierra en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortigón Ortigón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-014-2018-00321-01  
Demandante : **Antonio David Falla Guzmán**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, demandante (fs. 127 a 130) y demandada (fs. 131 y 132) contra la sentencia del 9 de mayo de 2019 proferida en audiencia inicial por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 97 a 113).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 36 a 45) El señor Antonio David Falla Guzmán, a través de apoderada, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 0000122 del 2 de enero de 2018, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro que le fue reconocida mediante la Resolución 1906 del 13 de marzo de 2017, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica adicionarle el 38,5% de la prima de antigüedad; (b) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60%;

(c) el subsidio familiar en el porcentaje que lo percibía en actividad; y (d) la duodécima parte de la prima de navidad, por violación al derecho fundamental a la igualdad, como partida computable para la asignación de retiro; (ii) pagar el reajuste del retroactivo pensional desde el reconocimiento de la asignación de retiro; (iii) indexar todos los valores adeudados; (iv) pagar los intereses de mora sobre los valores adeudados; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional, ingresando como soldado regular el 5 de septiembre de 1996.

Al terminar su servicio militar obligatorio, fue aceptado como soldado voluntario desde el 15 de julio de 1998.

Laboró para el Ejército Nacional por más de veinte (20) años, estando asignado en el Grupo de Caballería Mecanizado No. 10 "Tequendama" con sede en Bogotá.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) mediante la Resolución 1906 del 13 marzo de 2017 le reconoció una asignación de retiro.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo; 10 de la Ley 4ª de 1992; así como los Decretos 1793 y 1794 de 2000; y Decreto 4433 de 2004.

Sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) le viene liquidando la asignación de retiro sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al monto resultante le viene aplicando el 70%.

Expuso que desde que le fue reconocida la asignación de retiro, Cremil viene liquidando su asignación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un

40%, cuando lo correcto debía ser del 60%, esto, en acatamiento al inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados.

Por último, expuso que debe incluirse como partidas computables para la asignación de retiro el subsidio familiar por estar vulnerando el derecho fundamental a la igualdad, así como la duodécima parte de la prima de navidad por excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

**Contestación de la demanda.** (fs. 58 a 64 vto) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho. Para ello, expuso que al actor corresponde la asignación de retiro calculada con el 70% del sueldo básico (salario más el 40% del mismo) incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Asimismo, sostuvo que por medio de la Resolución 0542 del 18 de enero de 2018 la entidad efectuó el incremento del 20% reclamado en el salario básico, acto que se encuentra debidamente ejecutoriado y se adjunta al proceso.

En relación con el subsidio familiar precisó que dicho factor fue reconocido en un 30% dentro de la Resolución 1906 del 13 de marzo de 2017, teniendo como cimienta la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, sin que en el presente asunto se desvirtúe la legalidad ese acto administrativo en lo que a este punto refiere.

Finalmente, manifestó que no existe fundamento para incluir y liquidar como partida computable la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales, comoquiera que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se contempló esa partida solo para los oficiales y suboficiales. Por ende, no se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados al no configurarse ninguna causal de nulidad.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 9 de mayo de 2019 dictada en audiencia inicial (fs. 97 a 113) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar reajustar a partir del 30 de abril de 2017

la asignación de retiro que le fue reconocida al actor, teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable dentro de la asignación de retiro, con la respectiva indexación de las sumas que resulten de la reliquidación de esa prestación económica, y negó las demás pretensiones de la demanda.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

**Parte demandante.** - (fs. 127 a 130) Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada del demandante, mediante escrito de 13 de mayo de 2019 interpuso recurso de apelación parcial, en el sentido de indicar que con la demanda solicitó el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar que devengó en actividad, esto es, con el 62,5% del salario básico, toda vez que se incluyó en cuantía del 30% en aplicación del Decreto 1162 de 2014.

Así mismo, señaló que el 38,5% de la prima de antigüedad no se puede extraer de la prima de antigüedad que certifique la entidad, sino que se obtiene del 100% del salario básico. Por lo que es claro que la entidad demandada, para liquidar la asignación de retiro debe obtener el 70% del sueldo básico, adicionándole el 38,5% por concepto de la prima de antigüedad.

**Parte demandada.** - (fs. 131 y 132) Frente a la anterior decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación el 14 de mayo de 2019, en el que aseveró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció la partida computable denominada prima de navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, normativa a la que se le está dando estricto cumplimiento.

Así mismo, agregó que, si al actor le asistiera algún derecho respecto a las pretensiones de la demanda, no podría reconocerse por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece que la prescripción de las mesadas son de tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. Por lo tanto, en el evento en que se acojan los planteamientos expuestos por la caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos por las partes fueron concedidos en diligencia de conciliación

mediante auto del 12 de junio de 2019 (f. 148) y admitido por esta Corporación en auto del 19 de septiembre de 2019 (fs. 152); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 17 de enero de 2020 (f. 155), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que fue aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante** (fs. 156 a 159) Insistió en los argumentos narrados en la demanda y en el recurso de apelación.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.**- A la Sala corresponde determinar si al señor Antonio David Falla Guzmán en condición de soldado® le asiste razón jurídica o no para reclamar i) el reajuste de la asignación de retiro en cuanto al 20% adicional, ii) la reliquidación del 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad, iii) la inclusión del subsidio familiar como factor del ingreso base de liquidación; iv) la duodécima parte de la prima de navidad; y v) modifique la prescripción adoptada por el juez de primera instancia, ya que el apoderado de la entidad demandada considera que se debió aplicar la prescripción trienal.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la liquidación de la prima de antigüedad de forma correcta y negar la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del señor Antonio David Falla Guzmán, de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la asignación de retiro.** -

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

<sup>4</sup> Párrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de

---

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales.-**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

#### **De la prima de antigüedad.-**

En relación con la asignación de retiro para los soldados profesionales, el art. 16 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que entre las partidas computables para efecto de la liquidación está la asignación mensual de retiro a pagar, en el equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Sobre el tema el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, ratificó los lineamientos fijados en jurisprudencia anterior<sup>9</sup> reafirmando que para evitar una doble afectación a las partidas, se opta por la interpretación más favorable que conlleva a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{«(Salario x 70\%) + (salario x 38.5\%) = Asignación de Retiro»}$$

Adicionó, en virtud de su importancia que *«el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2015, radicado N°. 11001-03-15-000-2015-00801-00, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

*obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio».*

Lo previo sin olvidar que el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

### **Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales. -**

La Ley 21 de 1982<sup>10</sup>, específicamente en su artículo 1.º, definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Pues bien, en lo que se refiere a los soldados profesionales encontramos que solo con la expedición del Decreto 1794 de 2000 (art. 11) adquirieron el derecho al reconocimiento del subsidio familiar equivalente a un 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad<sup>11</sup>, para lo cual debían encontrarse casados o en unión marital de hecho vigente. Disposición que fue derogada por el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, con la salvedad de que quienes ya percibían dicho subsidio continuarían haciéndolo hasta su retiro del servicio, así:

*«Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*

*[...]*

*Parágrafo primero. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del*

---

<sup>10</sup> «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

<sup>11</sup> «Parágrafo segundo. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto (sic) 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual».

*Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.»*

Sin embargo, de manera posterior el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en providencia del 08 de junio de 2017, dentro del proceso 11001032500020100006500 (0686-2010), lo que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

Sobre el particular, se precisa que, si bien los soldados profesionales con la expedición del Decreto 1794 de 2000 adquirieron el derecho a percibir el subsidio familiar, lo cierto es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>12</sup> no lo consagró como partida computable para liquidar la asignación de retiro de ese personal, situación distinta a la de los oficiales y suboficiales, a quienes si se les incluyó para esos efectos.

Por lo anterior, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, con ponencia de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, sostuvo que con fundamento en el principio a la igualdad para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debía incluirse el subsidio familiar, siempre y cuando lo hayan devengado y/o tengan requisitos para ser beneficiarios de dicha prestación.

Ahora, de manera posterior, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, fue expedido el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>13</sup>, por medio del cual se creó a partir del 1.º de julio de 2014 el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no percibían ese subsidio regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual por disposición del legislador (art. 5) fue incluido como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente a un 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo. Específicamente la norma en cita señala:

*«ARTÍCULO 5º. A partir de julio del 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal*

---

<sup>12</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>13</sup> Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

*de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

Asimismo, se expidió el Decreto 1162 de 2014<sup>14</sup>, en el que se previó que a partir de julio de 2014 el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro se encuentren devengando el subsidio familiar regulado por los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, tendrán derecho a que dicho factor se les tenga en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente al 30% de dicho valor, así:

*«ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

En esos términos, solo a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, puede considerarse el subsidio familiar como una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales.

Por su parte, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, concluyó que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales y, por tanto, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 las partidas computables son las siguientes:

*«[...] - Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*

---

<sup>14</sup> Por medio del cual se dictaron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes profesionales de las Fuerzas Militares.

- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>142</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>143</sup>.»*

En resumen, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la referencia coligió que únicamente los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tienen derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, toda vez que antes no se encontraba definido en la ley o decreto como tal.

Lo anterior, con la aclaración de que el porcentaje en el que deberá incluirse el subsidio familiar depende de dos situaciones: (i) si al momento del retiro el soldado profesional o infante de marina profesional se encontraba percibiendo el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 sería en el equivalente al 30%; y (ii) si para el momento del retiro no percibía el subsidio familiar sería en el equivalente al 70%.

#### **Prima de navidad en el caso particular de los soldados profesionales.-**

El Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5.º, previó que aquel personal que se encuentre en servicio activo tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad, equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual debe ser pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, la prima de navidad en mención no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como si se dispuso para el grupo de oficiales y suboficiales.

En razón a ello, surgieron situaciones en las que se invocó la garantía al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. No obstante, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, dejó claro que por disposición del

legislador se excluyó la prima de navidad como partida computable en el caso de los soldados profesionales, además, resaltó que no puede considerarse que esa normativa contraríe o atente contra el artículo 13 constitucional, puesto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio.

En esos términos, ha de entenderse que al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe incluirse las partidas estipuladas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, además de las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa y sobre los cuales se efectúen las respectivas cotizaciones.

### **De la prescripción.-**

La prescripción, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

Esta materia está regulada por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que dispone lo siguiente:

**«ARTÍCULO 43. Prescripción.** Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

*El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.*

*Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso».*

Teniendo en cuenta la normativa transcrita, es preciso decir que los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor de los integrantes de la fuerza pública prescriben en tres (3) años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

a) Derecho de petición presentado el 29 de diciembre de 2017 por la apoderada del señor Falla Guzmán ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta el salario básico establecido en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo aumentado en un 60%; además se aplicara de manera correcta la liquidación de la prima de antigüedad; y se incluyera el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad y la doceava parte de la prima de navidad (fs. 2 a 5).

b) Oficio 0000122 del 1º de enero de 2018, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, al considerar que no puede incluir factores que no se encuentren previstos en la ley (fs. 6 y 7).

c) Resolución 1906 del 13 de marzo de 2017 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Antonio David Falla Guzmán, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fs. 8 y 9).

d) Hoja de servicios 3-7335120 del 6 de febrero de 2017, en la que se constata que el 30 de enero de 2017 el actor se retiró del servicio por tener derecho a la pensión. Asimismo, se observa que el subsidio familiar le fue reconocido el 30 de junio de 2004 (fs. 10 y 10 vto, 84 vto y 85).

e) Certificación emitida por la entidad accionada, en la que se describe la forma en la que se efectuó la liquidación de la asignación de retiro del aquí accionante. Liquidación que fue obtenida teniendo en cuenta el salario mínimo aumentando en un 40%; la prima de antigüedad correspondiente al 38,5% del 70% del salario mínimo aumentado en un 40%; y sumado además el subsidio familiar equivalente al 30% de lo devengado en servicio activo (f. 12).

f) Certificación emitida el 19 de enero de 2018 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Antonio David Falla en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Grupo de Caballería Mecanizado No. 10 Tequendama, con sede en Bogotá D.C. (f. 13).

g) Resolución 542 del 18 de enero de 2018 emitida por la entidad accionada, en la que ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del soldado profesional ® Falla Guzmán Antonio David (fs. 74 y 75).

h) Expediente administrativo correspondiente al señor Antonio David Falla Guzmán (fs. 73 a 89).

**Caso concreto.**- El señor Antonio David Falla Guzmán a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima; e incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica y el reajuste del subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengada en servicio activo.

Sobre el particular, se observa que el juez de primera instancia ordenó reajustar la asignación de retiro del aquí demandante únicamente en lo que concierne al reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad, con la respectiva indexación de las sumas que resulten de la reliquidación de esa prestación, la cual deberá efectuarse a partir del 30 de abril de 2017.

En este sentido, se encuentra que el recurso de apelación interpuesto por el actor consistió en discutir únicamente lo referente i) al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar que devengó en actividad, esto es, con el 62,5% del salario básico, toda vez que se incluyó en cuantía del 30% en aplicación del Decreto 1162 de 2014 y ii) reliquidar la asignación de retiro con el 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Así mismo, el apoderado de la entidad demandada manifestó que la doceava prima de

navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por lo que no puede pretenderse que en la asignación de retiro se reconozcan las partidas computables que no fueron reconocidas en actividad.

Además, indicó que en el caso concreto se debe dar aplicación a la prescripción trienal de las mesadas, y no como lo hizo el juez de primera instancia.

De las pruebas enunciadas se colige que el señor Antonio David Falla Guzmán estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 15 de julio de 1998, posteriormente fue incorporado en condición de soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003, y se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 1906 de marzo 13 de 2017, por haber cumplido más de 20 años de servicio, en los siguientes términos:

**«RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1o.** Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor **del señor Soldado Profesional (r) del Ejército ANTONIO DAVID FALLA GUZMAN** [...] con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 30 de abril de 2017, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto [sic] 2209 de 30 de diciembre de 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad [...] y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

[...]».

Visto lo anterior, en principio se advierte que como quiera que el demandante al 31 de diciembre de 2000 se encontraba incorporado como soldado voluntario y luego se le vinculó como soldado profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de acuerdo con los artículos 4.º de la Ley 131 de 1985 y 1.º del Decreto 1794 de 2000, tal como se expuso en el acápite del marco normativo.

De esta manera, se observa que la **asignación de retiro** de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron

incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que en el reconocimiento de la asignación de retiro la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgarle al demandante, pues solo le incrementó un 40% al SMLMV.

Sin embargo, posteriormente Cremil a través de la Resolución 542 del 18 de enero de 2018 ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del actor, por lo que se entiende satisfecha esta pretensión, tal como lo indicó el a quo.

Por otra parte, en relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales debe liquidarse con el 38.5% del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

No obstante, de las pruebas aportadas por las partes, se desprende que la prima de antigüedad no fue bien calculada y, por tanto, debe ajustarse conforme la fórmula definida por favorabilidad en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, «(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Por lo anterior, en lo que concierne a este punto no se comparte la decisión del juez de primera instancia.

En cuanto al **subsidio familiar**, se observa que el demandante a diciembre de 2015 percibía dicho factor (f. 85) y que la cifra era calculada sumando el 4% del reconocimiento básico mensual con lo reconocido por prima de antigüedad.

En razón a que el demandante fue soldado voluntario que se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó como soldado profesional, causó su derecho a la asignación de retiro «a partir del 30 de abril de 2017» es decir, después del 1.º de julio de 2014, y que devengaba el subsidio familiar en su asignación mensual, se determina que tenía derecho a que se computara el mismo como partida de liquidación en su asignación de retiro, en el 30% del valor que se le reconocía en actividad por este.

De las documentales obrantes en el expediente y de lo manifestado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se desprende que para la liquidación de la asignación de retiro se le reconoció al demandante el 30% del subsidio familiar, lo que llevaría a decir que la entidad demandada efectuó el reconocimiento de conformidad con el artículo 1.º del Decreto Ley 1794 de 2000, el art. 13 del Decreto 4433 de 2004 y los Decretos 1161 y 1162 de 2014, tal como lo dispuso el *a quo*.

Respecto de la solicitud de inclusión de la **duodécima parte de la prima de navidad** como factor o partida en la asignación de retiro de soldado profesional, se encuentra decantado que para este régimen no procede su aplicación, de conformidad con la normatividad vigente, lo cual no va en contravía del artículo 13 de la Constitución Política, puesto que no se desconoce en ninguna forma el principio de igualdad, teniendo en cuenta que ese derecho se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio. De allí que no existe un fundamento jurídico que permita inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad el precepto vigente que rige el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, máxime cuando no se estipuló como partida computable en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, en lo referente al tema de la **prescripción**, sobre este asunto la Sala resalta que si bien es cierto había sido postura de varias subsecciones del Consejo de Estado y de otros despachos judiciales inaplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, basado en una presunta extralimitación del poder ejecutivo, para en su lugar aplicar la prescripción cuatrienal, también lo es, que a partir del auto de fecha 27 de julio de 2017<sup>15</sup>, que negó la suspensión de la inaplicación del mentado artículo, quedó incólume dicha norma que regula que la prescripción de las pensiones de los miembros de la fuerza pública es trienal.

Aunado a ello, años más tarde la misma Corporación zanjo definitivamente dicha discusión al proferir la sentencia del 10 de octubre de 2019<sup>16</sup>, en la que expuso entre otros lo siguiente:

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, auto del 27 de julio de 2017 C.P doctor William Hernández Gómez.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2019, C.P doctor William Hernández Gómez, Rad11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015).

*«En esas condiciones, en el asunto que ocupa la atención de la Sección, al tratarse de una facultad que goza de una potestad de configuración de mayor alcance por parte del Ejecutivo dentro del orden normativo impuesto por la Constitución Política de 1991, se queda sin fundamento el argumento que dio sustento a otras decisiones de las subsecciones en el sentido de inaplicar la regla de prescripción trienal contenida en el Decreto 4433 de 2004.*

[...]

*Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional».*

Así las cosas, se tiene que el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo arribó a la conclusión de que no existía un sustento jurídico para continuar inaplicado la regla de prescripción trienal contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que la norma reunía los parámetros de validez.

Por tanto, al haberse denegado la pretensión de nulidad formulada en contra del artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 *«Por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública»*, se concluye que la norma vigente para estos efectos pensionales de los miembros de la fuerza pública continúa siendo la prescripción trienal.

En consideración a todo lo expuesto la Sala rectifica cualquier postura en la que haya dado aplicación a la prescripción cuatrienal para el caso del régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, ya que si bien en algún momento esta fue su tesis, dicha consideración cambio al negarse la suspensión de la aplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y principalmente al haberse resuelto de manera negativa la pretensión de nulidad en contra de la citada norma.

Así, se tiene que en el caso bajo examen no se configuró el fenómeno jurídico de la **prescripción trienal**, toda vez que el demandante consolidó el derecho a percibir asignación de retiro desde el 30 de abril de 2017, formuló su reclamación el 29 de diciembre de la misma anualidad (fs. 2 a 5 vto) y la demanda fue presentada el 21 de agosto de 2018 (f. 48). En consecuencia, la entidad deberá reliquidar la prestación con efectos fiscales a partir del 30 de abril de 2017.

Por consiguiente, se **modificará** la sentencia proferida en audiencia inicial el nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Modificar** la parte resolutive de la sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil

diecinueve (2019) proferida en audiencia inicial por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor Antonio David Falla Guzmán contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil). La cual conforme a lo expuesto en la parte motiva, quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD parcial** del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0000122 del 02 de enero de 2018, proferido por CREMIL, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se le ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) a reajustar la asignación de retiro del SLP® Antonio David Falla Guzmán, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 7.335.120, a partir del 30 de abril de 2017, adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad, al 70% del sueldo básico que debía devengar al momento del retiro, esto es, con el respectivo incremento del 60%, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de la providencia.

**TERCERO:** Ordenar descontar de las sumas reconocidas al demandante, el valor correspondiente a los descuentos de ley respecto del reajuste de la asignación de retiro ordenado en el numeral anterior y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

**CUARTO:** Ordenar a Cremil pagar al demandante las diferencias que surjan conforme al reajuste aquí ordenado sobre la asignación de retiro, junto con los ajustes de valor o actualización de acuerdo con la fórmula antes expresada e intereses a que haya lugar.

**QUINTO:** Dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Negar las pretensiones de la demanda relacionadas con el reajuste del 20% de la asignación básica en la asignación de retiro, al reajuste del porcentaje del subsidio familiar y del reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

**Tercero:** Sin condena en costas.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

PN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2018-01717-00  
Demandante : Oscar Suárez González  
Demandado : Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos  
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Tema : Reconocimiento de emolumentos  
Actuación : Aprobación conciliación judicial

La Sala procede a resolver sobre la legalidad del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en la audiencia inicial realizada dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

El señor Oscar Suárez González, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, con la intención de obtener la nulidad de las Resoluciones 829 del 20 de noviembre de 2017, por medio de la cual la accionada negó el reconocimiento, reliquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios, reliquidación de factores salariales y prestacionales; y 018 del 9 de enero de 2018, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación en contra de la resolución anterior, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

Adicionalmente, a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la demandada (i) reconocer, liquidar y cancelar las horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales con inclusión de la prima de antigüedad y demás emolumentos a que tenga derecho, desde el 10 de noviembre de 2013 hasta cuando se produzca la sentencia que ponga fin a la presente litis o se haga efectivo el cumplimiento de la misma; (ii) pagar intereses moratorios desde la fecha en que se dejó de cancelar las sumas de dinero adeudadas; (iii) cumplir la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA; e (iv) indexar los valores de la condena conforme a los

artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

La demanda en el proceso de la referencia fue admitida mediante auto del 14 de diciembre de 2018 (f. 57). La parte demandada de manera oportuna contestó la demanda<sup>1</sup>, oponiéndose a todas las pretensiones y propuso como excepciones de fondo: (i) jornada laboral especial de los bomberos es de 66 horas a la semana; (ii) excepción de pago; (iii) prescripción trienal sobre los derechos causados con anterioridad a la reclamación y (iv) excepción genérica.

Vencido el término de traslado de la demanda se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 (numeral 1.º) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual se llevó a cabo el día 9 de julio de 2019, en la que la parte demandada presentó fórmula conciliatoria y aportó copia del Acta del Comité de Conciliación de la entidad, quien a su vez solicitó el aplazamiento de la audiencia para poder aportar la liquidación efectuada por la entidad, en la que constaran los valores a pagar a título de los emolumentos reclamados en el proceso de la referencia. La anterior solicitud fue coadyuvada por el apoderado del demandante. El despacho accedió a la solicitud de suspensión de la audiencia y la reprogramó para el 21 de agosto de 2019 (f. 109).

De manera posterior, la entidad demandada a través de memorial aportado a esta Corporación el 5 de agosto de 2019, puso en conocimiento la liquidación que efectuó con la finalidad de materializar el ánimo conciliatorio planteado frente a las pretensiones incoadas por el señor Suárez González (fs. 115 a 119), la que fue aceptada en su totalidad por el demandante de acuerdo con lo señalado en la continuación de la audiencia inicial realizada el 21 de agosto de 2019 (f. 118).

El magistrado ponente, teniendo en cuenta lo anterior, en la continuación de la audiencia inicial celebrada el 21 de agosto de 2019, expresó que debía constituirse la Sala para determinar si se aprobaba o improbaba el acuerdo conciliatorio, sin embargo, por razones del servicio indicó que no era posible constituirla para esa fecha y, por tanto, suspendió la diligencia y señaló que en auto posterior emitiría la decisión a que en derecho hubiese lugar.

## **II. CONSIDERACIONES**

La conciliación judicial es medio alternativo a la resolución del conflicto que tiene inmersos

---

<sup>1</sup> Folios 71 a 77 vto del expediente.

principios como la economía, celeridad, eficiencia y eficacia, además es una garantía de acceder de manera efectiva a la administración de justicia.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 incorporado en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 y el artículo 2.º del Decreto 1716 de 2009 que reglamenta la Ley 1395 de 2009, establecen que las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con ocasión de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Asimismo, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998<sup>2</sup> que se incorporó en el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998, determina que la autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público. Además, deberá tenerse en cuenta que no habrá lugar a conciliar cuando el correspondiente medio de control haya caducado, conforme a lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 81 de la Ley 446 de 1998<sup>3</sup>, que se incorporó en el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998.

En concordancia con lo anterior, es preciso mencionar que el numeral 8.º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 instituyó la posibilidad de conciliar en cualquier fase de la audiencia inicial, así: «**Posibilidad de conciliación.** *En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.*»

En esos términos, en atención al acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el presente asunto, dentro de la audiencia inicial de que trata el numeral 8.º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, siguiendo los lineamientos normativos, así como los establecidos por el Consejo de Estado<sup>4</sup>, la Sala verificará el cumplimiento de las siguientes exigencias:

---

<sup>2</sup>Que crea el artículo 65A a la Ley 23 de 1991 y cuyo párrafo del artículo 73 de la Ley 446 de 1998 fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001, que empezó a regir un (1) año después de su publicación.

<sup>3</sup>Que modifica el artículo 61 de la Ley 23 de 1991.

<sup>4</sup>Sentencia del 30 de enero de 2003 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Rad: 08001-23-31-000-1999-0683-01(22232).

- (i) Que las partes estén debidamente representadas y que tales representantes tengan capacidad para conciliar.
- (ii) Que no haya operado el fenómeno procesal de la caducidad del medio de control (art. 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 de la Ley 446 de 1998).
- (iii) Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (arts. 59 de la Ley 23 y 70 de la Ley 446 de 1998).
- (iv) Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65ª de la Ley 23 de 1991 y art. 73 de la Ley 446 de 1998).

**Caso concreto.** – Análisis de los presupuestos para aprobar el acuerdo conciliatorio en el presente asunto.

**De la representación, capacidad y legitimación.** - Se trata de la verificación de que las partes estén debidamente representadas, que tengan capacidad para conciliar y que se encuentre acreditada la legitimación en la causa por activa.

Así, en el caso concreto se observa que el director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., confirió poder al doctor Juan Pablo Nova Vargas, facultándole expresamente para conciliar (f. 69), quien a su vez efectuó sustitución a la doctora Mónica Viviana Nova Peña con las mismas facultades a él otorgadas (f. 114).

De igual manera, se tiene que el demandante actuó a través de apoderado facultado para conciliar (fs. 1 y 2) a quien le fue reconocida personería jurídica en la admisión de la demanda (f. 57).

Ahora, respecto a la legitimación en la causa por activa del demandante, señor Oscar Suárez González, no se somete a discusión, toda vez que en el curso del proceso quedó plenamente probado que desde el 29 de junio de 2011 ingresó a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, desempeñando para la fecha de presentación de la demanda el cargo de bombero, código 475, grado 15.

**Caducidad y prescripción.** – En este acápite corresponde efectuar el estudio que permita determinar que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

En el caso bajo estudio, se observa que las pretensiones del señor Oscar Suárez González persiguen el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales, a saber: horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales con inclusión de la prima de antigüedad y demás emolumentos a que tenga derecho, desde el 10 de noviembre de 2013 hasta cuando se produzca la sentencia que ponga fin a la presente litis o se haga efectivo el cumplimiento de la misma.

En ese orden, se encuentra que en el caso particular no operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que la demanda fue interpuesta dentro del término legalmente previsto para acudir a la administración de justicia, en el entendido de que la reclamación administrativa fue presentada ante la entidad accionada el 10 de noviembre de 2016<sup>5</sup>, y antes de que transcurrieran los cuatro (04) meses interpuso la demanda objeto de análisis, contabilizados desde la notificación del acto administrativo que definió la situación particular del señor Oscar Suárez González, la cual fue resuelta por medio de las Resoluciones 829 del 20 de noviembre de 2017<sup>6</sup> y 018 del 9 de enero de 2018<sup>7</sup>, esta última notificada al interesado el 15 de enero de 2018<sup>8</sup>. Terminó que a su vez fue suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial entre el 8 de mayo de 2018 hasta el 30 de julio de la misma anualidad, cuando se expidió la respectiva acta por parte de la Procuraduría General de la Nación<sup>9</sup>, en la que se declaró fallida la conciliación. Y la demanda se presentó el 2 de agosto de 2018<sup>10</sup>.

**De los derechos económicos.-** Reside en que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.

Sobre el particular, ha de precisarse que, si bien en el campo de derecho administrativo laboral se estableció la facultad de conciliar únicamente sobre derechos inciertos y discutibles, así como la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, lo cierto es que es procedente conciliar sobre estos asuntos siempre que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles. Evento en el que dicho acuerdo debe tenerse como válido.

---

<sup>5</sup> Folios 4 y 5.

<sup>6</sup> Folios 9 a 11.

<sup>7</sup> Folios 25 y 26.

<sup>8</sup> Folio 27.

<sup>9</sup> Folios 32 y 33.

<sup>10</sup> Folio 55.

De esta forma, cuando hubiese existido un acuerdo entre las partes sobre derechos que tengan el carácter de irrenunciables, o sean ciertos e indiscutibles, cuando precisamente se satisfaga y reconozca el derecho reclamado, corresponde al juez aprobar dicho acuerdo si se encuentra conforme a la ley.

Por tanto, se insiste en que si como resultado de la etapa conciliatoria adelantada en el presente asunto dentro de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se protege el derecho reclamado en el proceso en razón a la fórmula de arreglo, que es aceptada por las partes, siempre que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, dicho acuerdo deberá tenerse como válido por parte de esta jurisdicción.

Así las cosas, en el caso concreto la Sala encuentra que el acuerdo conciliatorio no vulnera los derechos ciertos e indiscutibles del señor Oscar Suárez González, puesto que los mismos se protegen con la propuesta presentada por la parte demandada, en el sentido de que reconoce desde el 10 de noviembre de 2013 (por prescripción trienal, toda vez que la petición fue presentada el 10 de noviembre de 2016) hasta el 31 de enero de 2019, la totalidad de las horas extras diurnas y nocturnas, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, así como la reliquidación de las cesantías, conforme fue reclamado en la demanda objeto de análisis y en derecho corresponde.

Ahora, en lo que se refiere al pago de compensatorios se observa que tal como expuso la entidad accionada en la propuesta de conciliación no hay lugar a reconocerlos, toda vez que al demandante sí le fueron reconocidos los descansos compensatorios porque está demostrado que trabaja en un sistema de turnos, esto es, 24 horas de labor por 24 horas de descanso.

En esos términos, la Sala concluye que se reconoce la totalidad de lo invocado por el actor, además de aplicarse para el efecto la normativa correspondiente. Por consiguiente, se cumple con este requisito al tratarse de un conflicto de carácter particular y de contenido económico, y la conciliación no desconoció los derechos ciertos e indiscutibles.

**De las pruebas, la legalidad y no lesividad.** – Al respecto corresponde realizar el análisis que corrobore que el acuerdo conciliatorio cuenta con las pruebas necesarias. De esta manera, se destaca que obra el siguiente material probatorio:

- a. Acta de conciliación expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de Defensa Judicial y Daño Antijurídico de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en la que se decidió conciliar con el demandante Oscar Suárez González dentro del proceso de la referencia, para lo cual dejó claros los parámetros sobre su propuesta<sup>11</sup> y el tiempo en el que se realizaría el pago una vez se hubiese aprobado el respectivo acuerdo<sup>12</sup> (f. 238).
- b. Liquidación realizada el 14 de junio de 2019 por el subdirector de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, con base en los parámetros establecidos en la certificación del comité de conciliación. Al respecto, se constata que la liquidación se realizó sobre los emolumentos reclamados desde el 10 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta la prescripción trienal (teniendo en cuenta que la petición fue presentada el 10 de noviembre de 2016), hasta el 31 de enero de 2019, lo que arrojó la suma de \$ 39.954.859 por concepto de horas extras diurnas y nocturnas, horas extra festivas diurnas y horas extras festivas nocturnas, y recargos nocturnos, dominicales y festivos (f. 118), más el valor de \$ 3.616.001 correspondiente a la reliquidación de las cesantías (f. 119). De las sumas de dinero descritas se restó el valor que por esos mismos conceptos fueron reconocidos previamente al demandante.

En esos términos, encontrándose demostrado que en efecto el señor Oscar Suárez González se encuentra vinculado desde el 29 de junio de 2011 en la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y que de acuerdo con las pruebas aportadas con la demanda (fs. 120 a 235) laboró las horas extras y recargos reconocidos en el acuerdo conciliatorio presentado por la accionada, no cabe duda de que en efecto le asiste derecho a dichos emolumentos.

**Legalidad y no lesividad del patrimonio estatal:** Revisado el acuerdo celebrado entre las partes, la Sala encuentra que el mismo no es violatorio de la ley, pues el reconocimiento de los emolumentos se realizó con estricta observancia del Decreto 1042 de 1978, norma que rige la jornada de trabajo de los empleados públicos de orden territorial. Así como tampoco atenta contra el patrimonio público, sino contrario a ello lo protege, pues la suma de dinero

---

<sup>11</sup> Para el efecto, se dispuso la aplicación del Decreto 1042 de 1978, artículos 17, 33, 34, 36, 37, 39 y 45.

<sup>12</sup> Señaló que en el evento en que se aceptara el valor a conciliar, el pago se realizaría dentro de los tres (3) meses siguientes a la aprobación de la conciliación, debido a los tramites presupuestales que deben surtir para ello.

conciliada corresponde estrictamente al valor neto adeudado sin el reconocimiento de indexación e intereses, evitando con esta propuesta conciliatoria prevenir un daño antijurídico para la entidad.

De acuerdo con el estudio realizado en párrafos precedentes, la Sala concluye que se satisfacen todos los presupuestos exigidos en el ordenamiento jurídico para impartir la aprobación del acuerdo de conciliación celebrado entre las partes en el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, celebrada los días 9 de julio y 21 de agosto de 2019.

En consecuencia, se aprobará el acuerdo conciliatorio celebrado dentro del proceso de la referencia entre el señor Oscar Suárez González y la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, el cual hará tránsito a cosa juzgada.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**Primero: APROBAR** el acuerdo conciliatorio al que llegaron el señor Oscar Suárez González y la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, celebrada los días 9 de julio y 21 de agosto de 2019, dentro del presente proceso, por la suma de un total de \$ 43.570.860 m/cte., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**Segundo:** El acuerdo conciliatorio y esta providencia hacen tránsito a cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo.

**Tercero:** En firme este proveído, por secretaría **comunicar** a la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá la decisión aquí adoptada, para efectos de su ejecución y cumplimiento.

**Cuarto:** Por la Secretaría de la Subsección y a costa del interesado expedir copia autentica del Acta de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de Defensa Judicial y Daño Antijurídico de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá,

del acta de audiencia de conciliación celebrada los días 9 de julio y 21 de agosto de 2019 en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, así como del presente auto, con constancia de ejecutoria y de ser primera copia, previas las anotaciones de ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del C.G del P.

**Quinto:** Cumplido lo anterior, archívense las diligencias, previas las constancias y anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-010-2015-00819-01  
Actor : **Luis Doria Pastrana Hernández**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión – Inpec

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 159 a 164) contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2018 por el Juzgado Décimo (10.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 144 a 153).

### ANTECEDENTES

**El medio de control** (fs. 62 a 70). El señor Luis Doria Pastrana Hernández, por conducto de apoderado judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad de las Resoluciones (i) GNR 162839 del 12 de mayo de 2014; y (ii) VPB 58015 del 24 de agosto de 2015, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a su favor y se resolvió un recurso de apelación, en el sentido de confirmar la decisión contenida en el primer acto, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, peticionó se condene a la demandada a (i) reliquidar la pensión de jubilación en cuantía de \$ 1.801.916,31 m/cte., a partir del 1.º de julio de 2012, equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, con los respectivos ajustes de ley; (ii) cancelar las diferencias originadas entre lo que se le ha pagado y lo que se determine en la sentencia; (iii) dar cumplimiento a la sentencia dentro del

término previsto en el artículo 192 del CPACA; y (iv) pagar intereses comerciales y moratorios en el evento en que no se dé cumplimiento a lo ordenado.

**Fundamentos fácticos.** - La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Mediante la Resolución 043582 del 23 de noviembre de 2011 le fue reconocida una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 966.953 m/cte., prestación que fue modificada en Resolución 24979 del 17 de julio de 2012.

Inconforme con el monto reconocido en la pensión de jubilación, solicitó ante la accionada la reliquidación de esta, con el fin de que se incluyeran todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, a saber: asignación básica, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de riesgo, prima de vacaciones, unidad familiar, bonificación por recreación y prima de seguridad.

La anterior petición que fue negada por medio de la Resolución GNR 162839 del 12 de mayo de 2014. Acto administrativo que fue confirmado a través de la Resolución VPB 58015 del 24 de agosto de 2015, en atención a un recurso de apelación.

La accionada solo liquidó el monto de la pensión sobre tres factores salariales, cuando correspondía incluir todos sobre los cuales cotizó como dragoneante, código 4114, grado 11 del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional – Inpec, respetándole el régimen de transición que le favorece, contenido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005; así como la Ley 4 de 1966; Ley 33 de 1985; Ley 32 de 1986; Ley 71 de 1988; Ley 65 de 1993; Ley 100 de 1993; asimismo los Decretos 1848 de 1969; 1045 de 1978; 1160 de 1989; 2090 de 2003.

Para el efecto, afirmó que la entidad accionada mediante los actos acusados no liquidó definitivamente ni en forma correcta el monto de la pensión de jubilación, pues teniendo en

cuenta que se encuentra amparado por el régimen especial y cumplió su estatus en vigencia de la Ley 32 de 1986, tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez, de conformidad con esta norma y la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1753 de 1966, respetando tiempo de 20 años y el monto del 75% sobre todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad demandada al liquidar equivocadamente el monto de su pensión violó a todas luces el régimen de transición que precisamente consagró para respetar los derechos adquiridos de los trabajadores cobijados por las normas invocadas.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 88 a 97). La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que la pensión de jubilación del actor fue reconocida de acuerdo a los lineamientos señalados por el máximo órgano constitucional, encargado de la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, quien ha indicado que el IBL no forma parte del régimen de transición y los factores salariales que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Para sustentar los argumentos de la Corte Constitucional, explicó la aplicación del régimen de transición, su monto y liquidación, respecto a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual hizo alusión, entre otras, a las sentencias C-634 de 2011, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, T-078 de 2014.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Décimo (10.º) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 25 de septiembre de 2018 negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Luis Doria Pastrana Hernández (fs. 144 a153).

Para el efecto, la autoridad judicial en mención sustentó que la Corte Constitucional de manera expresa ha señalado que la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no incluye el IBL, por tanto los actos administrativos que reconocen la pensión de jubilación, de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto

es, con el promedio de lo cotizado en los 10 últimos años de servicio, como el caso de autos, se encuentran ajustados a derecho, manteniendo entonces su legalidad.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandante** (fs. 159 a 164) Interpuso recurso de apelación, en el cual argumentó que el juez de primera instancia interpretó equivocadamente las normas aplicables a su caso, cuyo régimen es especial por ejercer actividades de alto riesgo, esto es, el establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, que precisamente en su parágrafo 5.º consagró beneficios a favor de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del Inpec, que cubre un régimen especial para efectos de reconocimiento de pensión y reliquidación pensional remitiendo al Decreto 2090 de 2003, que, a su vez, permite la aplicación de la Ley 32 de 1986 para los que ingresaron con anterioridad a la expedición de dicho decreto.

En virtud de lo anterior, expuso que tiene derecho al reconocimiento del 75% del promedio real de lo devengado en el periodo base de liquidación de la pensión. Por ende, solicitó revocar la decisión recurrida.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en providencia del 09 de noviembre de 2018 (f. 166) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 24 de mayo de 2019 (f. 170), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 29 de julio de 2019 (f. 173), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad en la que las partes se pronunciaron así:

**Parte demandada.** – (fs. 176 a 189) Señaló que esa entidad determinó que la pensión del señor Luis Doria Pastrana Hernández se ajustó plenamente a las normas y disposiciones legales previstas.

Como solución al problema jurídico, concluyó que no le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicio, ya que al estudiar el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente anteriormente expuesta, es notable una ausencia de sustento jurídico que permita darle luz verde a las pretensiones.

**Parte demandante.** - (fs. 190 a 194) Insistió en los argumentos esgrimidos en la demanda y el recurso de apelación. Igualmente, puntualizó que no es viable aplicar a su caso concreto las sentencias de la Corte Constitucional en las que se fundamentó el *a quo*, así como tampoco resulta procedente adoptar la posición del Consejo de Estado fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018, puesto que esa decisión hizo referencia al régimen general de la Ley 33 de 1985 y no al régimen especial de los trabajadores de alto riesgo regulado por la Ley 32 de 1986, el Decreto 407 de 1994, Decreto 2090 de 2003 y el Acto Legislativo 001 de 2005, parágrafo transitorio 5.º.

Por lo tanto, solicitó revocar la sentencia recurrida, para que en su lugar, se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados entre el 1.º de julio de 2011 y el 30 de junio de 2012, específicamente con el sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de riesgo, prima de vacaciones, unidad familiar y prima de navidad.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si el señor Luis Doria Pastrana Hernández tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) le reliquide y pague su pensión de jubilación con inclusión de todos los

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

factores salariales percibidos en el año anterior al retiro del servicio, conforme al régimen especial de los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, comoquiera que la aplicación de la Ley 32 de 1986 solo contempla el requisito de prestación de servicios por el término de 20 años, pero no establece la forma de liquidación de las pensiones, por tanto, atendiendo que la norma vigente para estos efectos es la Ley 100 de 1993 se tiene que bajo esta normativa debe efectuarse la reliquidación solicitada.

**Marco normativo.** - En punto de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a determinar la solución que en derecho corresponde, estudiando en su orden: i) régimen especial de los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec; ii) acervo probatorio; y iii) caso concreto.

#### **i) Régimen especial servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec.**

Los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Penitenciaría Nacional gozan de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 *«Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia»*, disposición en la que en sus artículos 96 y 114 estableció lo siguiente:

*«Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.*

*Artículo 114. Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales».*

Más tarde el Decreto 407 de 1994 *«Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario»*, dispuso en su artículo 168 que:

*«ARTICULO 168. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente*

*decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.*

*Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.*

*PARÁGRAFO 1°. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.*

*PARÁGRAFO 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993. [...]»*

Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación la precitada normativa, (derogada por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003), estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec, tendrían derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el transcrito artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

El 1 de abril de 1994 entró a regir en Colombia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 la cual dispuso en su artículo 11 que dicha disposición se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional.

Al respecto se tiene que el Decreto 691 de 1994 «*Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones*», en su artículo 1 incorporó entre otros « [...] a los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas [...]».

Sobre este asunto se precisa que el Inpec creado por el Decreto 2160 del 30 de diciembre de 1992 es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por tanto, se debe entender que el citado instituto fue incluido en el sistema de seguridad social regulado en la Ley 100 de 1993 como una entidad descentralizada del orden nacional, más aún, si se atiende que el mismo no fue exceptuado de ese régimen conforme a las excepciones consagradas en el artículo 279 *ibidem* el cual instituyó:

**«ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.»*

Aclarado lo anterior, conviene señalar que determinadas labores desempeñadas por algunos servidores del Inpec, fueron catalogadas como actividades de alto riesgo, en el artículo 140 de la Ley 100 de 1993:

*«Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4° de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos [...]».*

Sin embargo, pese al anterior precepto, el Gobierno Nacional solamente hasta el año 2003, estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboraban en actividades de alto riesgo, por medio del Decreto 2090 de julio 26 de 2003, el cual estipuló:

*"[...] Artículo 2°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

*7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelario, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor.»*

Ahora bien, el Congreso de la República mediante Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, decidió aclarar la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del Inpec, en el artículo 1° parágrafo transitorio 5°, el cual es del siguiente tenor:

*« [...] Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelario Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes [...]» (Subrayado fuera de texto).*

De acuerdo con lo anterior, se anota que la Ley 32 de 1986, le resulta aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que ingresaron antes del 28 de julio de 2003, luego, este sentido de la norma excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100, para determinar si son o no beneficiarios del régimen de transición y, en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986, por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el Decreto 2090 que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma.

En ese orden la Sala considera que por mandato del artículo 48 de la Constitución Política, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que hubiesen ingresado con anterioridad a la vigencia del Decreto 2090 de 2003 se les debe aplicar la Ley 32 de 1986, por tanto, no se comparte el criterio atinente a que para que a un servidor público se le aplique la Ley 32 es necesario que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Es decir, que aun cuando la postura de esta Sala de Decisión es que con la entrada en vigor de esta norma perdieron eficacia los anteriores regímenes pensionales, debe entenderse que en el caso específico de los servidores del Inpec, por disposición expresa del artículo 48 de la Constitución Política a quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se les aplicará el régimen dispuesto en la Ley 32 de 1986.

Así las cosas, se deja claro que la razón por la cual en este asunto en particular se aplica la Ley 32 de 1986, pese a que dicha norma se concibe como derogada con la Ley 100 de 1993, es porque esta fue la voluntad del constituyente cuando expidió el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionando el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora sobre la aplicación de la Ley 32 de 1986, se precisa que en lo relativo a estos asuntos, dicha norma solo perpetúa que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad, sin embargo no establece los parámetros concretos para llevar a cabo la liquidación de dicha prestación, sino que remite a las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.

Dentro de este marco ha de considerarse que la norma del orden público nacional que se encontraba vigente en esa época era la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1 excluyó a los empleados del Inpec, razón por la cual en oportunidades anteriores esta Sala en asuntos similares le venía dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978 «*Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*», no obstante, en armonía con la actual postura prestacional asumida por esta Corporación, se tiene que todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 desaparecieron, a menos que los beneficiarios acreditaran los requisitos del régimen de transición contenido en el artículo 36 *ibídem*, caso en el cual tendrían derecho a que sus pensiones fueran reconocidas y liquidadas de conformidad con las previsiones contenidas en la ley anterior pero únicamente en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión.

Ahora a manera de pedagogía se aclara que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, no cobija la manera como debe ser calculado el Ingreso Base de Liquidación (IBL), por tanto, debe aplicarse lo que, sobre este punto, determinaron los artículos 21 y 36 de dicha norma, y respecto de los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta, se fijó que eran los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Retomando nuevamente el asunto concreto de los miembros del Inpec se arriba a la conclusión de que a dichos servidores se les debe aplicar lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por expresa disposición del constituyente, pero para efectos de la liquidación pensional corresponderá dar aplicación a lo establecido en la Ley 100 de 1993, conforme a las directrices expuestas en el párrafo anterior, esto por cuanto conforme se señaló líneas atrás, todos los regímenes pensionales anteriores a esta norma desaparecieron y como el adicionado artículo 48 de la Constitución solo hizo referencia a la Ley 32 de 1986 y no a otras normativas diferentes (como por ejemplo el Decreto 1045 de 1978), la Sala considera que no es dable darle una interpretación diferente a lo dispuesto por el constituyente, ya que si esa hubiese sido su intención, así lo hubiera fijado.

En ese orden de ideas, se ultima que la aplicación del régimen contenido en la Ley 32 de 1986, conforme a lo ordenado en la norma superior solo obliga a la aplicación de

disposiciones propias de dicha ley, y como la forma de liquidación no fue regulado en esa norma, sino de otras que fueron derogadas, se concluye que la regla bajo la cual deben liquidarse las pensiones de los trabajadores del Inpec es la comprendida en la Ley 100 de 1993, por ser la norma vigente para estos fines.

**ii) Acervo probatorio.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Derecho de petición radicado el 1.º de febrero de 2013 por el actor ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin de obtener la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de todos los factores percibidos en el último año de servicios, por ser beneficiario del régimen especial aplicable al Inpec (fs. 2 a 4).

b) Certificación de información laboral del señor Pastrana Hernández, en el que se observa que el 06 de abril de 1990 ingresó a laborar en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec hasta el 30 de junio de 2012 (f. 5).

c) Certificación de salarios mes a mes correspondiente al aquí demandante, en el que se encuentran todos los factores que percibió desde enero de 1994 hasta la fecha de su retiro (fs. 7 a 16).

d) Certificación de valores pagados expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, en la que relacionó todo lo percibido por el aquí demandante desde el 1.º de enero de 1994 hasta el 30 de junio de 2012 (fs. 17 a 33).

e) Resolución 02024 del 07 de junio de 2012 por medio de la cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec aceptó la renuncia del señor Luis Doria Pastrana Hernández, a partir del 1.º de julio de 2012 (f. 34).

f) Resolución 043582 del 23 de noviembre de 2011 a través de la cual el Instituto del Seguro Social – ISS concedió a favor del aquí demandante una pensión de jubilación, con una cuantía de \$ 966.956 m/cte., condicionada al retiro del servicio (fs. 35 a 39).

g) Resolución 24979 del 17 de julio de 2012 por medio de la cual el Instituto del Seguro Social – ISS resolvió modificar la Resolución 043582 del 23 de noviembre de 2011, en atención a la renuncia del dragoneante Luis Doria Pastrana Hernández (fs. 40 a 42).

h) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Doria Pastrana Hernández, en la que se observa que nació el 17 de agosto de 1966 (f. 43).

i) Resolución GNR 162839 del 12 de mayo de 2017 mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante (fs. 44 y 45).

j) Resolución VPB 58015 del 24 de agosto de 2015 a través de la cual la entidad accionada, en atención a un recurso de apelación, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR 162839 del 12 de mayo de 2017 (fs. 56 a 60).

**iii) Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad de las resoluciones a través de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le negó la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de las declaratorias de nulidad de los actos acusados, se condene a la accionada a reliquidar su pensión en cuantía de \$ 1.801.916,31 m/cte., a partir del 1.º de julio de 2012, equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, con los respectivos ajustes de ley.

Pues bien, analizado el material probatorio que obra dentro del expediente se advierte que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones reconoció al señor Luis Doria Pastrana Hernández una pensión en aplicación de la Ley 32 de 1986, para efectos del tiempo de servicios como único requisito para el reconocimiento pensional, pero para la liquidación aclaró que se regiría por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

En este sentido, la Sala aclara que el tema objeto de discusión se centra en que la entidad accionada si bien aplicó la Ley 32 de 1986, en cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2005, situación respecto a lo que no existe reparo y que comparte esta Colegiatura, conforme a lo expuesto en el acápite normativo, lo cierto es que no liquidó la pensión conforme a devengado en el último año de servicios.

Así las cosas, esta Colegiatura considera que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad ya que conforme quedó ampliamente expuesto en el marco normativo, el régimen contenido en la Ley 32 de 1986, para el caso del actor comprende el tiempo de servicios sin exigencia de la edad, esto por expresa disposición del constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, pero para efectos de la liquidación pensional se debe dar aplicación a la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 desaparecieron, sin embargo como el adicionado artículo 48 de la Constitución fijó como regla que los trabajadores del Inpec vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se les debería aplicar la Ley 32 de 1986, la Sala interpreta que la aplicación del precepto constitucional solo obliga al empleo de esta ley si se cumplen dos requisitos; el primero es estar vinculado con dicho instituto antes de la vigencia del precitado decreto y el segundo es acreditar los 20 años de servicio, como en este caso el actor reúne dichas condiciones se tiene que es beneficiario de esta ley.

Ahora como la Ley 32 de 1986, en su artículo 114 estableció que la liquidación se llevaría a cabo conforme a las normas de los servidores públicos del orden nacional, la Sala entiende que la disposición aplicable es la Ley 100 de 1993, ya que se insiste, en que el Acto Legislativo 01 de 2005 solo revivió por así decirlo lo dispuesto en la Ley 32 de 1986 (la cual sólo reguló los requisitos para la pensión) y no las demás normas vigentes para esa época, por tanto, en armonía con la actual línea del órgano de cierre de esta jurisdicción se entiende que la norma aplicable a estos servidores es la establecida en el actual Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ya que conforme se expuso mediante el Decreto 691 de 1994, dichos servidores fueron incorporados en esta ley.

Por lo tanto, se concluye que no le asiste razón al demandante al pretender la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los salarios percibidos en el

último año de servicio. En este sentido se rectifica posturas anteriores en las cuales se hubiera dado una interpretación diferente a las normas enjuiciadas y se deja sentado que a los servidores del Inpec se les aplica la Ley 32 de 1986 para efectos de los requisitos pensionales, pero para la liquidación de esta se aplica la Ley 100 de 1993.

En consideración a todo lo expuesto, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, se confirmará la providencia recurrida.

En atención a la sustitución de poder que reposa a folio 175 del plenario, se reconocerá personería a la doctora Julieta Romero Flórez, en calidad de apoderada sustituta de la entidad demandada.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero. – Confirmar** la sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Décimo (10.º) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor Luis

Doria Pastrana Hernández contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**Segundo.** - Sin condena en costas en ambas instancias.

**Tercero.** - Reconocer personería a la doctora Julieta Romero Flórez, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.643.037 y tarjeta profesional 305.115 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada sustituta de la entidad demandada, conforme a las facultades conferidas en el poder obrante a folio 175 del expediente.

**Cuarto.** - Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortigón Ortigón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-017-2016-00241-01  
Demandante : **Barbara Quete Giral**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión ordinaria

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 129 a 137) contra la sentencia de 18 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 114 a 122).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 33 a 51). La señora Barbara Quete Giral, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) GNR 51615 del 17 de febrero de 2016, mediante la cual se negó la reliquidación de su pensión de jubilación de la cual es titular; y (ii) VPB 20691 del 5 de mayo de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR 51615 del 17 de febrero de 2016.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada (i) reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, esto es, el sueldo, dominicales, festivos, el recargo nocturno, el reconocimiento de permanencia, la prima de antigüedad, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la incapacidad por enfermedad, la prima de vacaciones y la prima de navidad, conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985; (ii) reajustar

la pensión teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, teniendo en cuenta la sumatoria de los valores cotizados; (iii) pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; (iv) fijar la nueva mesada pensional con su respectiva indexación; (v) dar cumplimiento a la sentencia que se dicte en el presente asunto conforme al artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y (vi) condenar en costas.

**Fundamentos Fácticos.-** La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios como empleada de varias entidades públicas del país por más de veinte años y la última entidad en la cual trabajó fue en la E.S.E Hospital Simón Bolívar.

A través de la Resolución GNR 262415 del 28 de agosto de 2015, la Administradora Colombiana de pensiones (Colpensiones), le reconoció la pensión de jubilación, pero no reajustó legalmente la primera mesada pensional, generándose una descompensación entre lo aportado a pensión y su reconocimiento.

El día 21 de enero de 2016 solicitó la reliquidación de la pensión ante la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), pidiendo el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados como empleada de la E.S.E Hospital Simón Bolívar en su último año de servicio.

Mediante la Resolución GNR 51615 del 17 de febrero de 2016, Colpensiones le negó la reliquidación de la pensión, decisión que fue apelada el día 30 de marzo de 2016.

Colpensiones resolvió el recurso de apelación a través de la Resolución VPB 20691 del 5 de mayo de 2016, confirmando la Resolución No GNR 51615 del 17 de febrero de 2016, desconociendo de esta manera los derechos adquiridos en materia pensional y quebrantando los principios mínimos del ejercicio del derecho de petición en materia laboral.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La actora dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 1º, 2º, 5º,

6°, 13, 23, 25, 29, 43, 53, 90 y 209 de la Constitución Política; de rango legal la Ley 33 de 1985; la Ley 100 de 1993 y la Ley 1437 de 2011.

Señaló que la entidad al expedir los actos administrativos acusados vulneró las normas constitucionales y el ordenamiento legal, pues al negarle el reconocimiento de su pensión con todos los factores salariales, extralimitó sus funciones dando un trato diferente al que se le ha venido dando para estos casos, desconociendo los lineamientos de la relación laboral. Nunca se tuvo en cuenta lo solicitado en cuanto a que se deben incluir en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores que devengó durante el último año de prestación de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993.

Manifestó que conforme a la Ley 100 de 1993, a la fecha de la vigencia de la misma quienes hubiesen cumplido con los requisitos a la pensión conforme a las normas favorables anteriores y no se les hubiere efectuado el reconocimiento, tendrán derecho a que se le reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento que cumplieron los requisitos, por lo tanto se le debe reconocer su pensión mensual de jubilación con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, conforme lo establece la Ley 33 de 1985.

**Contestación de la demanda.-** (fs. 84 a 101) La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos, y otros no le constan, propuso las excepciones de «cobro de lo no debido»; «prescripción»; «buena fe»; «genérica o innominada»; «inexistencia del derecho reclamado».

Afirmó que la pensión de la demandante se reconoció conforme a derecho teniendo en cuenta la aplicación del régimen más favorable, además resaltó que se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100/93 (edad, tiempo, y tasa de reemplazo del régimen anterior) pero el IBL (los 10 años o los que le hiciera falta) y factores taxativos (Decreto 1158/94), los establecidos en la Ley 100/93.

Manifestó que a la demandante se le reconoció la prestación ajustada a derecho toda vez que se le tuvo en cuenta el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se dio aplicación a lo establecido en el régimen especial que la cobijaba.

Razón por la que solicitó que no se accediera a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que los actos demandados gozan de total legalidad y de accederse a dicho reconocimiento se constituiría en un detrimento injustificado e ilegal al erario público.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 18 de julio de 2018, negó las pretensiones de la demanda al indicar que según las sentencias de unificación de la Corte Constitucional se llegó a la conclusión que de acuerdo a lo establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBI ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Indicó que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la actora, se debe liquidar conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, sin el IBL y factores salariales previstos en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993.

Agregó que la pensión fue reconocida con el promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, conforme a los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y el monto del 75% de la Ley 33 de 1985, por lo que negó las pretensiones de la demanda, conservando la validez y eficacia de los actos administrativos acusados.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La actora a través de escrito de 23 de julio de 2018, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 18 de julio de 2018 (fs. 129 a 137), proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente caso se demostró con la certeza probatoria allegada al expediente, que al 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la mencionada ley, para invocar el beneficio de la aplicación transitoria de la ley pensional más favorable.

Señaló que se hizo beneficiaria a la aplicación del régimen de transición aplicable a los servidores públicos esto es la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, comoquiera que, para efectos del reconocimiento del derecho pensional, se cumplió los demás requisitos del estatus pensional es decir 20 años de servicio y 55 años de edad, criterios que fueron justificados y garantizados, por lo que la mesada pensional se debe liquidar conforme al 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicio.

Solicitó se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se reliquide la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicio, conforme lo establece la Ley 33 y 62 de 1985.

#### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 5 de diciembre de 2018 (fl. 139) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 19 de julio de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad aprovechada por la parte demandada.

**Parte demandada.-** (fs. 147 a 156) Insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó confirmar la decisión recurrida.

#### **V. CONSIDERACIONES**

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** A la Sala corresponde determinar si a la señora Barbara Quete Giral, le asiste derecho o no para reclamar la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad accionada aplicó correctamente el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, por las razones que se esbozaran en esta providencia.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Régimen de transición.-** La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001–23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por al legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general da pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

«[...]

*92. 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***

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

**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».**

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial, señaló lo siguiente:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción

consiste en que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones.

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.-** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la

aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Resolución GNR 262415 de 28 de agosto de 2005, proferida por el gerente nacional de reconocimiento de Colpensiones, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a la señora Barbara Quete Giral, de conformidad a lo establecido en la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (fs. 3 a 7).

b) Derecho de petición radicado el 21 de enero de 2016 por la demandante ante la entidad accionada, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, así como la

revisión de la pensión conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985 (fs. 8 a 11).

c) Resolución GNR 51615 de 17 de febrero de 2016, proferida por la gerente nacional de reconocimiento de Colpensiones, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez (fs. 12 a 17).

d) Recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la Resolución GNR 51615 de 17 de febrero de 2016, donde solicita se le reliquide la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fs. 18 a 22).

e) Resolución VPB 20691 de 5 de mayo de 2016, expedida por la vicepresidente de beneficios de prestaciones de Colpensiones, a través de la cual dando respuesta al recurso de apelación interpuesto confirmó en todas sus partes la Resolución GNR 51615 de 17 de febrero de 2016 (fs. 23 a 28).

f) Certificación proferida por la E.S.E. Hospital Simón Bolívar donde consta que la señora Barbara Quete Giral laboró desde el 11 de enero de 1983 hasta el 30 de febrero de 2015, devengó en el último año de servicio, los siguientes factores: sueldo, dominicales, festivos, el recargo nocturno, el reconocimiento de permanencia, la prima de antigüedad, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la incapacidad por enfermedad, la prima de vacaciones y la prima de navidad (fs. 30 y 31).

g) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Barbara Quete Giral, en la que consta que nació el 3 de junio de 1959 (f. 32).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la nulidad las Resoluciones GNR 51615 del 17 de febrero de 2016 y VPB 20691 del 5 de mayo de 2016, a través de las cuales la entidad accionada le negó el reajuste de la pensión de jubilación y resolvió desfavorablemente un recurso de apelación interpuesto en contra del primer acto.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Barbara Quete Giral pretende se ordene a la

accionada reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año, con aplicación del régimen ordinario de las Leyes 33 y 62 de 1985, en aplicación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El 18 de julio de 2018 el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad demandada liquidó correctamente la pensión de la demandante, toda vez que en cuanto a la edad, tiempo y monto (tasa de remplazo) aplicó la Ley 33 de 1985; y en lo que respecta al IBL siguió los lineamientos de la Ley 100 de 1993, con inclusión de los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

La demandante impugnó la decisión de primera instancia, pues a su juicio le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), mediante los actos administrativos censurados negó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Barbara Quete Giral, de acuerdo al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

En esos términos, la Sala colige que a la demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión conforme a todo lo devengado en el último año, ya que como quedó ampliamente expuesto en el acápite normativo, las personas beneficiarias del régimen de transición tendrán derecho a conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto entendido únicamente como la tasa de remplazo, sin que en ningún caso se les pueda aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el régimen anterior, por cuanto este asunto fue excluido por el legislador e incluido en el sistema general de pensiones, así, el IBL deberá ser calculado de acuerdo con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden de ideas, independiente de la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se

aplique, el IBL bajo el cual se establecerá matemáticamente el cálculo de las pensiones es el dispuesto en el sistema general de seguridad social.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora Barbara Quete Giral no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que los actos administrativos acusados continúan gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

Ahora, en lo concerniente al tiempo que se tuvo en cuenta para efectos de calcular el IBL en la pensión de la señora Barbara Quete Giral que precisarse que la entidad accionada aplicó lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estableció que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional desde la entrada en vigor de esa norma, correspondería al promedio de lo percibido en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Igualmente, se advierte que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso particular de la aquí demandante, pues la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada providencia, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Barbara Quete Giral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

De conformidad con la sustitución de poder allegada al proceso, se reconocerá personería a la abogada Paola Julieth Guevara Olarte, identificada con cédula de ciudadanía 1.031.153.546 de Bogotá y tarjeta profesional 287.149 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

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

**FALLA:**

**Primero.- Confirmar** la sentencia de 18 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Barbara Quete Giral contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

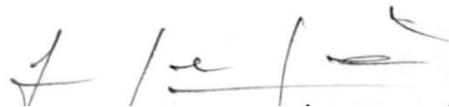
**Segundo.- Reconocer** personería a la abogada Paola Julieth Guevara Olarte, identificada con cédula de ciudadanía 1.031.153.546 de Bogotá y tarjeta profesional 287.149 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de conformidad con la sustitución de poder allegada.

**Tercero.-** Sin condena en costas en las dos instancias.

**Cuarto.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

fpc



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25269-33-33-002-2017-00088-01  
Demandante : **Marta Lucy Acosta de Novella**  
Demandado : La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional  
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Tema : Reconocimiento pensión sobreviviente

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 108 a 111), contra la sentencia del 11 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo Oral del Circuito de Facatativá, mediante la cual negó las súplicas de la demandada.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** La señora Marta Lucy Acosta de Novella, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Defensa Ejército Nacional, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución 2164 del 24 de mayo de 2016, mediante la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión sobreviviente.

A título de restablecimiento del derecho, peticionó se condene a la entidad demandada a (i) reconocerle la pensión de sobrevivientes, en calidad de madre, a partir del 16 de agosto de 1996, con aplicación del régimen contenido en la Ley 100 de 1993; (ii) pagar las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, prima semestral, prima de actividad y de navidad, y todos los demás factores salariales y aumentos que se decreten, de forma indexada; (iii) actualizar la condena conforme a lo previsto en el artículo 187 del CPACA; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; (v) cancelar las costas del proceso; y (vi) pagar intereses moratorios de acuerdo con el artículo 195 del

CPACA.

**Fundamentos fácticos.** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

El 14 de julio de 1993 el señor Ángelo Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) fue incorporado legalmente al Ejército Nacional como cadete, posteriormente fue ascendido al escalafón de los oficiales, y laboró hasta el 16 de agosto de 1996, fecha en la que falleció ostentando el grado de subteniente en el Batallón de Comunicaciones 1 "Manuel Murillo Toro" acantonado en Facatativá, Cundinamarca, es decir, que prestó sus servicios por 2 años, 8 meses y 28 días, cotizando 136 semanas. Su muerte fue calificada por la institución como muerte en simple actividad.

El señor Ángelo Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) hijo de la aquí demandante y del señor Ángelo Guillermo Novella Molinares (q.e.p.d.), era soltero y no tenía hijos. La señora Marta Lucy Acosta de Novella fue la beneficiaria para el pago de las prestaciones sociales de su fallecido hijo conforme a la Resolución 05638 del 13 de mayo de 1997. El padre del señor Ángelo Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) falleció el 09 de noviembre de 2011.

El 10 de mayo de 2016 mediante Oficio MDN-UGG EXT 16-41084 la aquí demandante, en calidad de madre del señor Ángelo Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Petición que fue negada a través de la Resolución 2164 del 24 de mayo de 2016.

**Concepto de violación.** La parte actora citó como normas violadas por el acto administrativo censurado los artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 46, 47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993; y la Ley 238 de 1995.

Para el efecto, expuso que al negar la pensión solicitada existió una flagrante violación del principio constitucional de favorabilidad, en razón a que cuando los trabajadores fallecen en su actividad laboral como sucedió en este asunto, la Ley 100 de 1993 exige únicamente 26 semanas de cotización y concede la pensión de sobrevivientes, contrario a ello el régimen especial de los militares, el cual fue aplicado en su caso concreto, esto es, el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990 exige 15 años de servicio o el equivalente a 750 semanas cotizadas para reconocer la pensión de sobrevivientes, por lo que se convierte una norma desfavorable en comparación con el régimen general de pensiones regido por la citada Ley 100 de 1993.

Adujo que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 dispuso que los oficiales del Ejército Nacional tienen derecho a que les sea aplicable cualquier norma en ella contenida que se estime más favorable ante la comparación con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia. Para sustentar lo expuesto citó diversa jurisprudencia en la que se ha accedido al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la Ley 100 de 1993 cuando se trata de miembros de la Fuerza Pública que fallecen en servicio.

**Contestación de la demanda.** - La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional no emitió pronunciamiento alguno a pesar de que fue debidamente notificada (f. 54).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo (2.º) Administrativo Oral del Circuito de Facatativá mediante sentencia del 11 de marzo de 2019 (fs. 93 a 103) negó las súplicas de la demanda, al considerar que si bien de acuerdo con recientes pronunciamientos jurisprudenciales es procedente aplicarle a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional las normas del régimen general de seguridad social, siempre y cuando en el caso de la pensión de sobrevivientes el deceso hubiese sucedido antes de la entrada en vigor del Decreto 4433 de 2004, lo cierto es que no se logró demostrar la dependencia económica de la señora Marta Lucy Acosta de Novella con su fallecido hijo, además no es factible concluir que con posterioridad al fallecimiento del causante, la actora quedó en imposibilidad de mantener su mínimo existencial para vivir de manera digna.

Aunado a lo anterior, la autoridad judicial de la referencia resaltó que solo 10 años después del fallecimiento del causante la demandante solicitó el reconocimiento pensional, por lo que se evidencia que la muerte del señor Ángelo Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) no la afectó en su mínimo vital o al menos esa situación no se probó dentro del proceso.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 108 a 111), bajo el argumento de que el *a quo* apreció erróneamente la prueba testimonial practicada en su despacho al concluir equivocadamente que la señora Marta Lucy Acosta de Novella no dependía económicamente de su hijo, el subteniente Ángelo Javier Novella Acosta, pues en el mismo quedó registrado que aquel pagaba el mercado, los servicios y en caso de

enfermedad sufragaba los gastos, además precisó que la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 señaló que la dependencia económica no debe ser total y absoluta, y la persona no necesita estar en condiciones de indignidad para demostrarlo, asimismo que para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y vida digna, situación que no fueron demostradas por el *a quo* ni la parte demandada.

Manifestó que la testigo es conocida por la familia de la parte actora por más de 50 años, han sido vecinas, estudiaron juntas en el mismo colegio y sus padres han tenido desde esa misma época lazos de amistad, por lo que le constaba sin ninguna duda la ayuda económica que le suministraba el fallecido a ella [demandante]. Por lo tanto, el testimonio está revestido de idoneidad y credibilidad para ser tenido en cuenta como prueba que lleva a la certeza de la dependencia económica.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 13 de junio de 2019 (f. 113) y admitido por esta Corporación a través de auto de 29 de julio de 2019 (f. 117); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 05 de noviembre de 2019 (f. 120), para que aquellas alegaran de conclusión. Oportunidad aprovechada únicamente por la actora.

**Parte demandante.** - (fs. 121 a 123) Reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación e insistió en que le asiste derecho a la pensión reclamada, por ello solicitó revocar la decisión de primera instancia.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Se contrae a determinar si a la señora Marta Lucy Acosta de Novella, en calidad de madre del extinto subteniente Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), le asiste o no derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante, quien falleció en simple actividad.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se reconocerá la pensión de sobrevivientes petitionada por la señora Marta Lucy Acosta de Novella, comoquiera que cumplió con los requisitos exigidos para ello, a saber: (i) acreditó la condición de beneficiaria de su hijo Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.); (ii) dependía económicamente de él; y (iii) el causante superó el tiempo de cotización requerido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía un mínimo de 26 semanas de cotización, de acuerdo con lo que pasará a exponerse.

**Marco Jurídico.** - La Sala procede a determinar la solución que en derecho corresponde en punto de resolver el problema jurídico planteado y para ello estudiará lo concerniente a la pensión de sobrevivientes.

### **Régimen especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares**

El Decreto 1211 de 1990 por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 191 establece:

*«ARTICULO 191. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

*a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158<sup>30</sup> del presente Estatuto.*

*b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.*

*c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante»*

De la norma transcrita, puede concluirse que con ocasión de la muerte de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares en simple actividad, sus beneficiarios tendrían derecho al

reconocimiento de una pensión mensual, siempre que el causante hubiese cumplido 15 años de servicio o más. Lo que se traduce que requería que el causante hubiese acreditado el mismo tiempo exigido para acceder a la asignación de retiro.

Sin embargo, en razón a que el régimen general de pensiones resulta más favorable al del régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional en lo que refiere a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional en sentencia de 31 de agosto de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño aclaró:

*«4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)<sup>2</sup> y 217<sup>3</sup> de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan<sup>4</sup>.*

*[...]*

*4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador. “[...] en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...” (subraya la Sala).*

*De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.».*

Sobre el particular, debe traerse a colación la sentencia de unificación SUJ-009-S2 del 1.º de marzo de 2018 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, rad. 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), en razón a que unificó lo

<sup>2</sup> El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”

<sup>3</sup> El artículo 17 de la CP, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

<sup>4</sup> Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

concerniente a la aplicación del régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, al determinar:

#### **«1.1.13 Reglas de unificación**

142. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

1. Con fundamento en el principio de favorabilidad, los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

2. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

3. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

4. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el **trienal**, de acuerdo con lo previsto en el régimen general.

5. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional».

Así las cosas, si bien prevalece la aplicación de normas especiales, sobre normas generales que gobiernen un caso concreto, lo cierto es que en atención a las reglas jurisprudenciales mencionadas, es dable aplicar la excepción cuando la norma general resulte más favorable que la especial, como el caso de las previsiones contenidas en el artículo 46 de

la Ley 100 de 1993, en cuanto a la pensión de sobrevivientes, que resulta más favorables que las prestaciones reconocidas bajo la misma contingencia contenidas en la norma especial.

### **Pensión de sobrevivientes del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993**

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 contempló la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

**«ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
  - a) <Literal INEXEQUIBLE>
  - b) <Literal INEXEQUIBLE>

**PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

**PARÁGRAFO 2o.** <Parágrafo INEXEQUIBLE>».

Respecto al artículo precitado, es importante precisar para el caso que nos ocupa que la prestación que reciben los beneficiarios con ocasión del deceso de quien no era beneficiario de una pensión, se trata de una nueva prestación, supuesto normativo que encaja en la previsión del numeral 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 contempló quienes son los llamados a verse favorecidos con la pensión de sobrevivientes, así:

**«ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno**; y, los hijos invalídos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

**PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.»

Por otro lado, en lo concerniente al monto de la pensión de sobrevivientes, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 determinó:

**«ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

*El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.*

*No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.»*

En conclusión, al momento de reconocer una pensión de sobrevivientes en virtud de lo contemplado en la Ley 100 de 1993, deberán atenderse todos los presupuestos previstos para ello, esto es, en cuanto a los requisitos, beneficiarios de la prestación económica y el monto de esta.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

- a) Solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente presentada el 10 de mayo de 2016 por la señora Marta Lucy ante el Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de madre de su fallecido hijo Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) (fs. 23 y 24).
- b) Resolución 2164 del 24 de mayo de 2016 a través de la cual el Ministerio de Defensa Nacional declaró que no había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes petitionada por la aquí demandante, bajo el entendido de que no se cumplió el tiempo de servicios por parte de su hijo Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), equivalente a 15 años de servicio (fs. 25 a 27).
- c) Informe administrativo por muerte del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), en el que se indica que ocurrió simplemente en actividad (f. 31).
- d) Hoja de servicios 699 del 16 de septiembre de 1996 en la que se describe que el señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) ingresó a prestar sus servicios como cadete en el Ejército Nacional el día 14 de julio de 1993 hasta el 1.º de diciembre de 1995,

posteriormente fue ascendido a oficial hasta el 16 de agosto de 1996, fecha de su muerte, completando un total de servicio de 2 años, 8 meses y 28 días (f. 32).

- e) Resolución 05638 del 13 de mayo de 1997 por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional reconoció a favor de la señora Marta Lucy Acosta de Novella y el señor Ángel Guillermo Novella Molinares, en calidad de padres del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), la suma de \$ 13.253.847,75 por concepto de cesantías definitivas y compensación por muerte (fs. 33 y 34).
- f) Copia autenticada del registro civil de defunción del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), en el que consta que falleció el 16 de agosto de 1996 (fs. 35 y 40).
- g) Copia autenticada del registro civil de nacimiento del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), en el que se observa que nació el 22 de abril de 1974 y sus padres son los señores Marta Lucy Acosta Reyes y el señor Ángel Guillermo Novella Molinares (f. 36).
- h) Certificación emitida el 26 de mayo de 2016 por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en la que se indicó que desde el 16 de agosto de 1996 el señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) se encuentra retirado del servicio y la última unidad en la que prestó sus servicios fue el Batallón de Comunicaciones 1 “Manuel Murillo Toro”, con sede en Facatativá, Cundinamarca (f. 39).
- i) Testimonio rendido por la señora Carmen Elvira Leal Linares en la audiencia de pruebas que se realizó el 08 de febrero de 2018 en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia, quien luego de informar sobre sus generales de ley, en resumen señaló que desde hace 50 años conoce a la señora Marta Lucy Acosta de Novella y a su familia porque son vecinos e incluso estudiaron.

Manifestó que la actora vive actualmente sola pero antes del fallecimiento de su hijo Ángel Javier Novella Acosta vivía con su esposo y dos hijas, además que ella dependía en gran parte de su hijo porque él pagaba los servicios, el mercado y sufragaba los gastos de salud cuando sus papás presentaban problemas. Aclaró que no conoce el porcentaje ni el monto del aporte pero que si le consta porque la misma actora le contó y ella evidenciaba que el sustento del hogar estaba a cargo del esposo de la actora, quien era mecánico, y de su hijo mayor Ángel Javier. Indicó que la

demandante actualmente se ayuda con el arriendo de dos habitaciones, dado que sus otros dos hijos no le ayudan, y la demandante se encuentra enferma, pero desconoce las razones (f. 69 CD).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de que sea anulada la Resolución 2164 del 24 de mayo de 2016, mediante la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión sobreviviente, en calidad de madre del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) y, en su lugar, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocerle dicha prestación económica, a partir del 16 de agosto de 1996, con aplicación del régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que no existe duda de que la señora Marta Lucy Acosta de Novella acreditó la calidad de madre del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.), además que aquel no tenía hijos ni cónyuge.

Asimismo, se encuentra probado que el señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) laboró para el Ejército Nacional durante 2 años, 08 meses y 28 días y que falleció el 16 de agosto de 1996, con una muerte calificada simplemente en actividad.

Por lo anterior, la señora Marta Lucy Acosta de Novella solicitó ante la accionada el reconocimiento de la pensión sobreviviente de su difunto hijo. No obstante, la accionada negó la prestación económica fundamentándose en que no era procedente por el tiempo que exigía la norma especial para ello, esto es, 15 años o más de servicio.

Ahora, tal como se expuso en el acápite normativo y lo consideró el *a quo* si bien la Fuerza Pública tienen un régimen pensional especial, lo cierto es que en el caso concreto resulta más conveniente, en aplicación del principio de favorabilidad de que trata el artículo 53 de la Constitución Política, el contenido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual requiere para su aplicación tan solo 26 semanas de cotización, máxime cuando para el fallecimiento del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.) se encontraba vigente la norma en mención.

Por tanto, el régimen aplicable en el caso concreto, en virtud de la regla de favorabilidad, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, el cual deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al tiempo exigido de cotización, monto de la prestación, ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

En esos términos, no existe discusión alguna respecto a la norma que resulta aplicable en el caso particular, así como tampoco en lo que refiere al tiempo de cotización requerido para proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 contempla que **los padres son beneficiarios del causante si dependían económicamente de este**. Situación que se encuentra en discusión y fue objeto de apelación porque el *a quo* determinó que dicha dependencia no se logró acreditar.

En este sentido, se trae a colación la sentencia C-111 de 2006 en la cual se resumieron los criterios de mínimo vital que deben tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de pensiones, en estos términos:

*«1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna<sup>5</sup>.*

*2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica<sup>6</sup>.*

*3. No constituye independencia económica recibir otra prestación<sup>7</sup>. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993<sup>8</sup>.*

*4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional<sup>9</sup>.*

*5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes<sup>10</sup>.*

*6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica<sup>11</sup>.»*

Precisado lo anterior y revisado el material probatorio obrante dentro del expediente tendiente a probar la dependencia económica de la actora con su fallecido hijo Ángelo Javier, se encuentra un testimonio que la Sala considera que goza de validez y eficacia, en el cual se señaló que aquel era quien pagaba los servicios públicos, ayudaba a sus padres con mercado

<sup>5</sup> Sentencia T-574 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>6</sup> Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>7</sup> Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>8</sup> Dispone la norma en cita: "Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez"

<sup>9</sup> Sentencias T-574 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T- 996 de 2005. (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Fungiendo la Corte como juez de segunda instancia, además de las consideraciones expuestas en sede de casación, es pertinente acotar que respecto del argumento del Tribunal para colegir que el demandante disponía de medios económicos suficientes para su subsistencia por recibir de manera ocasional \$20.000 o \$ 25.000 semanales y por estar percibiendo su cónyuge un salario mínimo legal mensual, no es más que una suposición del juzgador, pues ello no conduce necesariamente a concluir que esta persona sea autosuficiente económicamente, como erradamente lo concluyó. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 22.132. Sentencia del 11 de mayo de 2004. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader).

<sup>10</sup> Sentencia T-076 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y Auto 127A de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fallo del 9 de abril de 2003. Radicación No. 21.360.

y muchas veces cuando sus padres tenían problemas de salud, él les ayudaba económicamente para esas contingencias.

Asimismo, del testimonio rendido por la señora Carmen Elvira Leal Linares se desprende que el sustento del hogar de la señora Marta Lucy Acosta de Novella estaba a cargo de su esposo Ángelo Guillermo Novella Molinares, quien era mecánico y falleció el 09 de noviembre de 2011, y de su hijo mayor Ángelo Javier Novella Acosta (q. e.p.d.).

En ese orden de ideas, la Sala considera que la prueba arrimada al plenario goza de validez y eficacia y que el testimonio rendido dentro del proceso de la referencia bajo la gravedad de juramento es contundente en demostrar que la señora Martha Ligia Martínez Riveros efectivamente dependía al menos de manera parcial de los recursos económicos que como producto del salario de su hijo Ángelo Javier Novella Acosta (q. e.p.d.), recibía, con lo que cumple a cabalidad con la totalidad de los requisitos que le son exigibles a efectos de hacerse acreedora al derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama. Máxime cuando el testimonio en ningún momento fue controvertido por la parte demandada.

Adviértase además de que la testigo puso de presente el estado delicado de salud por el que afronta la aquí demandante, quien, si bien actualmente sufraga sus gastos con el arriendo de dos habitaciones, tal como lo señaló la testigo en el presente proceso, no es óbice para desconocer que, tal como el máximo órgano constitucional lo sostuvo en la sentencia citada en párrafos precedentes, la independencia económica no la acredita ni siquiera el hecho de poseer un predio o tener ingresos ocasionales, pues se requiere de percibir unos ingresos permanentes y suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.

Por último, en lo concerniente al tiempo transcurrido entre el fallecimiento del causante y la solicitud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, **20 años**, ha de precisarse que a pesar de que la actora dejó transcurrir un tiempo excesivo, lo cierto es que al versar la discusión sobre una la pensión de sobrevivientes y ser un derecho de carácter imprescriptible, los beneficiarios pueden reclamar en cualquier tiempo. Al respecto, la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-427 de 2011 y la T-281 de 2016, precisó que *«una persona que cumple con los requisitos establecidos por la ley para ser beneficiario de una pensión de sobrevivientes o sustitutiva, no pierde el derecho a favorecerse de la pensión por no haberla reclamado en el momento en el que se causó la prestación.»*

De igual manera, en la sentencia SU-298 de 2015<sup>12</sup> el máximo órgano constitucional sostuvo que *«los derechos pensionales son imprescriptibles conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas en condición de debilidad manifiesta y al principio de vida digna, por lo cual es un derecho que no se extingue con el paso del tiempo.»*

En atención a lo anterior, se acreditó que la señora Marta Lucy Acosta de Novella cumplió con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de sobrevivientes que aquí reclama, a saber: (i) acreditó la condición de beneficiaria de su hijo Ángel Javier Novella Acosta (q. e.p.d.); (ii) dependía económicamente de él; y (iii) el causante superó el tiempo de cotización requerido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía un mínimo de 26 semanas de cotización.

En esos términos, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y, su lugar, se accederán a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

Así las cosas, el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, el cual deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

Por tanto, la parte actora tiene derecho a que sea reconocida a su favor la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, concordante con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el 45% del ingreso base de liquidación.

Asimismo, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes, así como cualquier tipo de prestación cancelada conforme al Decreto 1211 de 1990.

---

<sup>12</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta tutela se pedía dejar sin efecto decisiones judiciales que habían declarado probada la prescripción de la acción a través de la cual se solicitaba liquidar la pensión con la inclusión de un nuevo factor salarial. En la decisión, la Corte concluyó que las solicitudes de reclamación que busquen obtener la reliquidación de la pensión con la inclusión de factores salariales no prescriben y que una interpretación distinta viola el artículo 53 de la Constitución. Sin embargo, precisó que las mesadas pensionales sí deben ser reclamadas, máximo, en los 3 años siguientes a su causación, so pena de perder el derecho a recibirlas. Por lo tanto, se concedió el amparo solicitado para lo cual dejó sin efectos las decisiones judiciales cuestionadas.

## - Prescripción de los derechos

En relación con el término de prescripción debe observarse el régimen general, que atiende el término de 3 años, de conformidad con lo establecido por los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tenor literal es el siguiente:

*«ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

*ARTICULO 489. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.»*

Lo anterior, dado que la pensión en caso de muerte estaba prevista en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue subrogada por la Ley 100 de 1993, artículos 46 a 49 y 73 a 78, referidos a la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, en el plenario se encuentra probado lo siguiente:

- La pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 16 de agosto de 1996 (fecha en la que falleció el señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d.)).
- El 10 de mayo de 2016 la señora Marta Lucy Acosta de Novella presentó escrito ante la entidad accionada, mediante el cual solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Con base en lo anterior, tenemos que en el caso concreto operó el fenómeno de prescripción, pues la actora presentó la solicitud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes transcurridos los tres años a los que hace referencia la norma transcrita. Por tanto, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá pagarle a la señora Martha Lucy Acosta de Novella las mesadas causadas a partir del 10 de mayo de 2013.

- **Indexación**

Las sumas que resulten a favor de la demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante y por la tercera interviniente, por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, y debe tenerse en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, no se condenará en costas en ninguna de las dos instancias, por cuanto en armonía con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso. “*Sólo habrá lugar a estas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, situación que no se observa en el *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero: Revocar** la sentencia del once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Marta Lucy Acosta de Novella contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por las razones expuestas. En su lugar,

**Segundo:** Declarar la nulidad de la Resolución 2164 del 24 de mayo de 2016, mediante la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Marta Lucy Acosta de Novella en calidad de madre del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d).

**Tercero:** Como consecuencia de lo anterior, condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reconocer y pagar a la señora Marta Lucy Acosta de Novella, en calidad de madre del señor Ángel Javier Novella Acosta (q.e.p.d), el 100% de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta el 45% del ingreso base de liquidación y las partidas legalmente computables, a partir del 10 de mayo de 2013, en atención al fenómeno de la prescripción trienal de conformidad con las razones expuestas.

**Cuarto:** Descontar, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes, así como cualquier tipo de prestación cancelada conforme al Decreto 1211 de 1990.

**Quinto:** La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional hará la actualización sobre las mesadas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

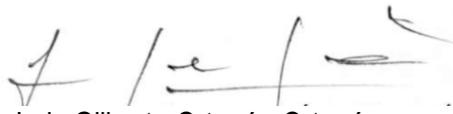
**Sexto:** Dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

**Séptimo:** Sin condena en costas, de acuerdo con lo expuesto.

**Octavo:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortigón Ortigón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

Amch.

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2017-00139-01  
Demandante : **Alejandro Balanta Cárdenas**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 107 a 109) contra la sentencia del 24 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 83 a 90).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 13 a 35). El señor Alejandro Balanta Cárdenas, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 2015-59086 del 24 de agosto de 2015, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) liquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta: (a) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%); (b) lo estipulado en el artículo 16 del Decreto 4433

de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad; (ii) reajustar la asignación de retiro año por año, a partir del reconocimiento, con los valores que arroje la reliquidación solicitada; (iii) indexar las sumas adeudadas; (iv) pagar intereses moratorios sobre los valores que resulten a su favor; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional, una vez terminó el período reglamentado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario; el 1.º de noviembre de 2003 por disposición administrativa de la institución fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Previo al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil por medio de la Resolución 2020 del 18 de abril de 2012 le reconoció una asignación de retiro.

El 04 de agosto de 2015 con el radicado 20150069621 solicitó ante la accionada tener como base en la liquidación de su asignación de retiro lo previsto en el inciso segundo del artículo 1.º Decreto 1794 de 2000. Petición que fue negada a través del Oficio 2015-59086 del 24 de agosto de 2015.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Igualmente, consideró que se desconocieron las Leyes 131 de 1985; 4ª de 1992; y 923 de 2004; así como los Decretos 1794 de 2000 y 4423 de 2004.

Para el efecto, afirmó que la entidad accionada le reconoció erróneamente la asignación de retiro, toda vez que le fue liquidada teniendo en cuenta el salario básico incrementado en un 40%, cuando correspondía a un incremento de un 60%, tal como lo aclaró el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset

Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado 85001333300220130006001 (3420-2015).

Adicionalmente, indicó que desde el reconocimiento de la asignación de retiro también le están liquidando mal, puesto que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) le aplica el 70% a la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que conlleva a una doble afectación de la partida de la prima de antigüedad.

**Contestación de la demanda.** (fs. 46 a 52) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste solicitado con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en razón a que en su criterio es el Ministerio de Defensa Nacional el encargado de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública, además de expedir la hoja de servicios en la que Cremil se fundamenta para reconocer y pagar la asignación de retiro.

Expuso que el reconocimiento de la asignación de retiro se realiza teniendo en cuenta el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, tal como corresponde. Por tanto, no se acreditó la falsa motivación en las actuaciones de esa entidad y en razón a ello no se configura ninguna causal de nulidad, máxime cuando el acto acusado se ajustó a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 24 de octubre de 2018 (fs. 83 a 90) accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que la accionada para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro del demandante debió aplicar como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%, además efectuó una interpretación diversa a la señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al no tomar el salario mensual para aplicarle el 70% y luego sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que generó una disminución en el valor de la prestación

económica del señor Balanta Cárdenas.

En ese sentido, ordenó reajustar la asignación de retiro del señor Balanta Cárdenas e indexar los valores que resulten de las diferencias entre lo pagado y lo reconocido en las Resolución 9015 del 2018, que reconoció el pago del incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) inconforme con la decisión emitida por el juez de primera instancia interpuso recurso de apelación (fs. 107 a 109), en el que reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda en relación con que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la forma correcta de liquidar la asignación de retiro es teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad. Además requirió que se diera aplicación a la prescripción trienal. Por tanto, solicitó revocar la sentencia recurrida.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la entidad demandada fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto de 13 de diciembre de 2018 (f. 118) y admitido por esta Corporación en auto de 24 de mayo de 2019 (f. 136); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 26 de julio de 2019 (f. 139), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor Alejandro Balanta Cárdenas fue liquidada conforme a derecho o, si contrario a ello, debe ser reajustada como lo consideró el *a quo*.

**Tesis de la Sala.**- En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda al encontrar que en efecto la entidad demandada incurrió en un error al aplicar la fórmula dispuesta para el reconocimiento de la asignación de retiro, de acuerdo con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

#### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<sup>4</sup> Parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

**Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 04 de agosto de 2015 por el señor Alejandro Balanta Cárdenas ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de obtener el reajuste de su asignación de retiro en un 20% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad (fs. 3 a 5).
- b) Oficio 2015-59086 del 24 de agosto de 2015 por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor (f. 6).
- c) Certificación emitida el 12 de agosto de 2015 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Alejandro Balanta Cárdenas en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Batallón de Artillería # 13 GR Fernando Landazaba en Bogotá D.C. (f. 7).
- d) Hoja de servicios identificada con el consecutivo 3-14893664 del 06 de marzo de 2012, en la que se observa que el demandante prestó servicio militar desde el 19 de septiembre de 1991 hasta el 04 de diciembre de 1992; posteriormente fue soldado voluntario entre el 1.º de abril de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003; y estuvo como soldado profesional desde el 1.º de noviembre de 2003 hasta el 28 de febrero de 2012, fecha en la que inició sus tres meses de alta por tener derecho a la pensión. Igualmente, se tiene que percibió sueldo básico, prima de antigüedad, bonificación por orden público y seguro de vida (f. 8).
- e) Resolución 2020 del 18 de abril de 2012 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Alejandro Balanta Cárdenas, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 9 y 10).

**Caso concreto.** - El señor Alejandro Balanta Cárdenas a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro

de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima.

Pues bien, en principio se advierte que comoquiera que el demandante fue soldado voluntario, que se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó como soldado profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985 y el art. 1 del Decreto 1794 de 2000, conforme se expuso en el acápite del marco normativo.

Ahora, teniendo en cuenta que la **asignación de retiro** de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgar, como lo determinó el juez de primera instancia.

En relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales es computable para efecto de la liquidación calculando el 38.5% a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

No obstante, de lo afirmado por el demandante, lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada, en el caso concreto la asignación de retiro le fue computada teniendo en cuenta el 70% de la suma del salario básico (que a su vez es el resultado del salario mínimo incrementado con el 40%) y la prima de antigüedad (calculada en el 38.5% del salario mínimo con el incremento del 40%). Por tanto, deberá ajustarse en los términos dispuestos en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, esto es, para el caso

particular «(salario incrementado en el 60% x 70%) + (salario incrementado en el 60% x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia al considerar que en efecto la entidad demandada al reconocerle la asignación de retiro del señor Alejandro Balanta Cárdenas aplicó de forma incorrecta la fórmula dispuesta para ello.

Lo anterior, con la precisión de que la entidad deberá descontar lo cancelado por virtud de la Resolución 9015 del 26 de marzo de 2018, en la que reconoció el pago del incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor Alejandro Balanta Cárdenas.

Y, en lo que tiene que ver con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emitida por el Consejo de Estado, la Sala resalta que esa decisión resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Por otro lado, en lo que se refiere a la **prescripción**, en efecto habrá que modificarse la sentencia del 24 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dado que si bien es cierto había sido postura de varias subsecciones del Consejo de Estado y de otros despachos judiciales inaplicar el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, basado en una presunta extralimitación del poder ejecutivo, para en su lugar aplicar la prescripción cuatrienal de que trata el Decreto 1211 de 1990, también lo es, que a partir del auto del 27 de julio de 2017<sup>9</sup>, que negó la suspensión de la inaplicación del mentado artículo, quedó incólume dicha norma que regula que la prescripción de las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es trienal.

---

<sup>9</sup> Consejo Estado, auto del 27 de julio de 2017 C.P doctor William Hernández Gómez.

Aunado a ello, años más tarde la misma Corporación zanjó definitivamente dicha discusión al proferir la sentencia del 10 de octubre de 2019<sup>10</sup>, en la que se arribó a la conclusión de que no existía un sustento jurídico para continuar inaplicado la regla de prescripción trienal contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que la norma reunía los parámetros de validez.

Por tanto, al haberse denegado la pretensión de nulidad formulada en contra del artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 «*Por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*», se concluye que la norma vigente para estos efectos pensionales de los miembros de la Fuerza Pública continúa siendo la prescripción trienal.

En ese orden de ideas, la Sala rectifica cualquier postura en la que haya dado aplicación a la prescripción cuatrienal para el caso del régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ya que, si bien en algún momento esta fue su tesis, dicha consideración cambió al negarse la suspensión de la aplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y principalmente al haberse resuelto de manera negativa la pretensión de nulidad en contra de la citada norma.

Por consiguiente, se modificará el ordinal segundo de la sentencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas causadas antes del 04 de agosto de 2012, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, comoquiera que la asignación de retiro le fue reconocida al actor por medio de la Resolución 2020 del 18 de abril de 2012, efectiva a partir del 28 de mayo de 2012, y aquel solicitó el reajuste ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) el 04 de agosto de 2015.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2019, C.P doctor William Hernández Gómez, Rad11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015).

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero. - Modificar** el ordinal segundo de la sentencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas causadas antes del 04 de agosto de 2012, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

**Segundo.- Confirmar** en lo demás la sentencia impugnada.

**Tercero. - Sin condena en costas.**

**Cuarto. - Ejecutoriada esta providencia, devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

Amch



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-026-2017-00224-01  
Demandante : **Sofía Vásquez Villarraga**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A.  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión docente y descuentos por salud en la mesada adicional de diciembre

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 91 a 94) contra la sentencia del 29 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Veinte (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 77 a 87).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 37 a 50) La señora Sofía Vásquez Villarraga, a través de apoderada, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A., con el fin de que se declare la nulidad parcial de la (i) Resolución 3987 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio de la cual se ajusto la pensión de vejez a la actora; y la nulidad del (ii) Oficio 20160161464341 del 19 de diciembre de 2016, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual se le negó el reintegro y devolución de efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se

condene a la entidad demandada a (i) reajustarle la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio; (ii) reintegrarle la suma descontada en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año desde que causó el derecho pensional y hasta la expedición de la sentencia; (iii) suspender los descuentos de salud sobre la mesada pensional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia; (iv) pagar los reajustes que se causen con ocasión de la inclusión de todos los factores salariales, con el respectivo descuento de lo ya cancelado; (v) indexar las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación, con aplicación del IPC certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento pensional y hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y (vi) cancelar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Nació el día 12 de abril de 1957 y desde el 6 de julio de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2005 cotizó en Colpensiones y desde el 24 de enero de 2006 hasta el 24 de enero de 2006 laboró como docente al servicio del Estado.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 1481 del 11 de marzo de 2015 reconoció a su favor una pensión de jubilación, efectuándole desde el primer día de pago los descuentos de salud, sobre las mesadas adicionales.

Mediante petición radicada el 4 de septiembre de 2015, reiterada el 2 de diciembre de 2016, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la revisión y ajuste de su pensión de jubilación en razón a que no le fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de retiro del servicio y a su vez la devolución de los descuentos de salud.

Mediante Resolución 3987 del 18 de mayo de 2017, se le ajustó la pensión de vejez, sin embargo, se le desconoció el régimen de transición del que es beneficiaria, así mismo mediante Oficio 20160161464341 del 9 de diciembre de 2016, la entidad demandada negó la devolución de las sumas de dinero en relación con los descuentos realizados por concepto

de salud sobre las mesadas adicionales devengadas.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte actora citó como normas violadas por los actos censurados los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, así como las Leyes 57 y 153 de 1887; 71 de 1988; 91 de 1989; 4ª de 1992; 100 de 1993; 812 de 2003; y el Decreto 1073 de 2002.

Para el efecto, expuso que legalmente tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación regida por la Ley 71 de 1988, la cual ordena su reconocimiento en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el año anterior al retiro del servicio, donde debe considerarse los medios de prueba que la ley señala como válidos y pertinentes.

Aunado a lo anterior, manifestó que se dejó de aplicar a cabalidad el régimen de transición del cual es beneficiaria la pensionada, pues se estableció que por ser un régimen especial no era procedente tener en cuenta la transición, por lo que se la reliquidación no se realizó conforme a derecho con las normas que le favorecían

Por otro lado, sostuvo que si bien es cierto es beneficiaria del régimen de transición en lo que tiene que ver con sus descuentos en salud los mismos se rigen por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, estas leyes y sus reglamentos no contemplan dichos descuentos para salud en las mesadas adicionales, por lo que existe un doble descuentos que no es autorizado y legal en las mesadas adicionales constituyéndose un abuso.

**Contestación de la demanda.** - La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de que fue debidamente notificada (fs. 57 a 59).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 29 de agosto de 2018 (fs. 77 a 87) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación no le asiste derecho a la demandante a pretender la inclusión de factores sobre los cuales no se efectuaron aportes, comoquiera que la pretensión va encaminada a que se le

liquide la pensión con base en lo devengado en el último año de servicio sin discutir el monto o tasa de remplazo y por lo tanto con la Ley 71 de 1988 se le debe promediar lo cotizado en los últimos diez años de servicio; pero en lo que concierne a los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre, la entidad demandada si deberá suspender los mismos y devolver dichos valores, al haberlos realizado sin que exista norma vigente que lo permita.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 91 a 94), respecto a la negativa de acceder a la reliquidación de su pensión de jubilación, al considerar que le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio.

Para ello, sostuvo que para la liquidación de la pensión de jubilación dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 artículo 36, se le deben tener en cuenta los requisitos señalados en la ley anterior, sobre la edad, tiempo de servicio, monto o tasa de remplazo y el ingreso base de liquidación, este último consistente en tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio.

Aunado a lo anterior, señalo que las pensiones de los servidores públicos que se liquidan con lo estipulado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar de manera integral el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, tomando como IBL el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, teniendo en cuenta que no son pensiones que impacten el déficit en el sistema y afecten las que estén en curso de reconocimiento, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia en lo referente y se acceda a la totalidad de las pretensiones.

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 30 de octubre de 2018 (f. 97) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 12 de abril de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado,

en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (f. 98).

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 19 de julio de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 117). Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.** - (fs. 118 a 120) Insistió en lo que expuso en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, además de ello sostuvo que conforme al desarrollo jurisprudencial de la Ley 71 de 1988, en lo que concierne a la reliquidación de las pensiones reconocidas bajo esta normatividad, se deben tener en cuenta todos los factores salariales sin perjuicio de los descuentos que se deban realizar sobre los aportes que no se han practicado.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Sofía Vásquez Villarraga le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que a la actora le asiste derecho al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre, pero no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con factores salariales devengados en el último año de servicio,

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.** - Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Régimen de transición.** - La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo

que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y **SU-023 del 5 de abril de 2018**<sup>7</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido.

régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001–23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

«[...]

*92. 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».***

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

*94. 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.*

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial, señaló lo siguiente:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones.

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31

de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución 1481 del 11 de febrero de 2008 mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la docente Sofia Vásquez Villarraga una pensión de jubilación por aportes, a partir del 29 de agosto de 2014 (fs. 2 a 7).
- b. Derecho de petición radicado el 2 de diciembre de 2016 por la demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio (fs. 8 y 9).
- c. Resolución 3987 del 18 de mayo de 2017 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., reliquidó la pensión la pensión de jubilación que le fue reconocida a la señora Vásquez Villarraga con ocasión del retiro del servicio (fs. 10 a 13).
- d. Formato único para expedición de certificado de salarios, del que se desprende que la señora Sofia Vásquez Villarraga en el periodo comprendido entre el 1.º de junio de 2014 y el 25 de enero de 2015 percibió los siguientes factores: salario, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad. Al respecto, se observa que únicamente sobre el salario y la prima de vacaciones la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. certificó que se cotizaba para seguridad social (f. 15 y 16).
- e. Formato único para expedición de certificado de historia laboral, del que se extrae que la aquí demandante estuvo vinculada como docente desde el 24 de enero de 2006 hasta el 26 de enero de 2015 (fl. 17).
- f. Certificación de información laboral y de salarios mes a mes, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, donde se certifica el periodo de aportes cotizados

desde el 24 de enero de 2006 al 25 de enero de 2015 (fl. 18 a 24).

- g. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, donde se certifica el periodo de aportes cotizados desde el 8 de julio de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2005 para un total de 991,86 semanas (fs. 24 a 26).
- h. Oficio 20160161464341 del 19 de diciembre de 2016 expedido por la Fiduprevisora S.A., en el cual se indicó que no se puede acceder a la petición de devolución de sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales (fs. 33 a 35).
- i. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sofia Vásquez Villarraga, en la que consta que nació el 12 de abril de 1957 (f. 36).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad parcial de la Resolución 3987 del 18 de mayo de 2017, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio de la cual se ajustó la pensión de vejez a la actora; y la nulidad del Oficio 20160161464341 del 19 de diciembre de 2016, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual se le negó el reintegro y devolución de efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Sofia Vásquez Villarraga pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, con los respectivos reajustes y la indexación a que haya lugar; así como reintegrar el valor correspondiente a los descuentos para salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales diciembre.

El 29 de agosto de 2018 el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la suspensión y el reintegro de los descuentos de salud que la accionada realizó sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre. Sin embargo, negó la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicio.

La demandante impugnó lo concerniente a la negativa de acceder a la reliquidación de su pensión de jubilación, pues a su juicio le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio.

De esta manera, el tema objeto de discusión en esta instancia se centra únicamente en determinar si le asiste o no derecho a la señora Sofia Vásquez Villarraga a obtener su reliquidación pensional por aportes teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio. Por tanto, no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con el régimen pensional que le fue aplicado a la actora y tampoco respecto a los descuentos de salud que se efectuaron sobre las mesadas de diciembre.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 1481 del 11 de marzo de 2015 reconoció a favor de la docente Sofia Vásquez Villarraga una pensión de jubilación, a partir del 29 de agosto de 2014. La anterior prestación económica fue reliquidada por medio de la Resolución 3987 del 18 de mayo de 2017.

Ahora, la Sala colige que a la demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión conforme a todo lo devengado en el último año, ya que como quedó ampliamente expuesto en el acápite normativo, las personas beneficiarias del régimen de transición tendrán derecho a conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto entendido únicamente como la tasa de remplazo, sin que en ningún caso se les pueda aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el régimen anterior, por cuanto este asunto fue excluido por el legislador e incluido en el sistema general de pensiones, así, el IBL deberá ser calculado de acuerdo con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden de ideas, independiente de la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se aplique, el IBL bajo el cual se establecerá matemáticamente el cálculo de las pensiones es el dispuesto en el sistema general de seguridad social.

Así, verificado el certificado de salarios que obra a folio 16 del expediente, se vislumbra

que la señora Sonia Vásquez Villarraga en el último año de servicio, percibió los siguientes factores: salario, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad. Sin embargo, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. certificó que únicamente sobre el salario y la prima de vacaciones se realizaron aportes a seguridad social.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora Sofía Vásquez Villarraga no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que el acto administrativo acusado continúa gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

En ese sentido resulta innecesario abordar el régimen pensional previsto en la Ley 71 de 1988, comoquiera que sus pretensiones estaban encaminadas a que se le incluyeran todos los factores que percibió en el año anterior al retiro del servicio, razón por la que la discusión de centró únicamente en la aplicación del IBL, por ende, la citada norma en nada incidiría frente al derecho reclamado. Se insiste que sin importar cuál sea la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se aplique, el ingreso base de liquidación no es parte de la transición.

Por último, se advierte que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso particular de la aquí demandante, pues la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada providencia, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Sofia Vásquez Villarraga en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

**FALLA:**

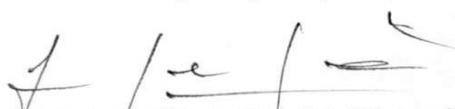
**Primero: Confirmar** la sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Sofia Vásquez Villarraga en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente	11001-33-35-021-2017-00268-00
Demandante	Janeth Martínez Gómez
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	Reconocimiento cesantías retroactivas

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 156 a 168) contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2018, por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 142 a 150).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 15 a 37) La señora Janeth Martínez Gómez, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la nulidad parcial de la Resolución 2449 de 4 de abril de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá por la cual se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas en favor de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se ordene a la demandada (i) reconocer y pagar la cesantía definitiva de manera retroactiva, tomando como base la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio a la fecha de presentación de la solicitud de las cesantías, con la totalidad de los factores salariales, de conformidad con la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947; (ii) cancelar el valor que resulta de la diferencia entre la cantidad efectivamente reconocida conforme a la Resolución 2449 del 4 de abril de 2016 que

equivale a \$ 39.168.616 y la suma de \$71.160.996 resultante de la reliquidación por concepto de cesantía parcial retroactiva debidamente liquidada desde el 19 de mayo de 1994 momento de su vinculación a la docencia oficial; (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; (iv) cancelar los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor; (v) pagar los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas conforme a lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 y (vi) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

**Fundamentos Fácticos.-** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios como docente ininterrumpidamente a Bogotá - Distrito Capital desde su nombramiento el día 19 de mayo de 1994 y hasta la fecha de la solicitud de la prestación.

Mediante memorial de 9 de noviembre de 2016 solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá, el reconocimiento y pago de su cesantía definitiva, la cual fue reconocida a través de la Resolución 2449 de 4 de abril de 2017, en cuantía de \$39.168.616.

Sostuvo que la resolución que le reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva fue notificada el 5 de mayo de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte demandante citó como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política; 12 y 17, literal a de la Ley 6ª de 1945; 1º del Decreto 2767 de 1945; 1º de la Ley 65 de 1946; 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947; 89 del Decreto 1848 de 1969; 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; 7º y 9º del Decreto 2563 de 1990; 2º, literal a de la Ley 4ª de 1992; 6º de la Ley 60 de 1993; 176 de la Ley 115 de 1994; 5º del Decreto 196 de 1995; 13 de la Ley 344 de 1996; 1º del Decreto 1582 de 1998 y 5º (parágrafo) de la Ley 1071 de 2006.

Para explicar el concepto de violación de tales disposiciones el apoderado de la actora precisó el contenido normativo de varias de ellas y agregó que las cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad en la liquidación del auxilio de cesantía, cualquiera que sea la causa de su retiro, hállese o no en carrera administrativa.

Sostuvo que el acto administrativo acusado desconoció lo estipulado en la Ley 4 de 1992, asegurando que al momento de expedir el régimen prestacional del sector público, se respetarían los derechos adquiridos de los regímenes especiales, como el que posee, circunstancia que se comenzó a plasmar en los desarrollos legales que a partir de este momento determinaron el régimen legal de las cesantías de la docente.

Aseguró que si bien la Ley 91 de 1989, estableció de manera genérica un nuevo sistema de liquidación de las cesantías, el Congreso de la República así como el ejecutivo han reglamentado de manera especial lo concerniente a dicha prestación, asegurando de manera vehemente que los docentes territoriales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1996, conservan el sistema retroactivo de liquidación de sus cesantías.

Por último, trajo a colación jurisprudencia que considera aplicable al caso concreto.

**Contestación de la demanda.** Las entidades demandadas contestaron la demanda así:

**La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** (fs. 78 a 90). Por intermedio de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En lo relacionado con los hechos indicó que algunos son ciertos, otros que no le constan y otros deben ser probados.

Sostuvo que la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, señala el procedimiento especial aplicable para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que mal haría en aplicar el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues difiere del procedimiento especial de los docentes.

**La Secretaría de Educación de Bogotá** (fs. 91 a 102). Por intermedio de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señaló que si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo, en el caso del reconocimiento de las cesantías ya sea parcial o definitiva, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien aprueba el mismo y la fidupervisora como administradora de esa cuenta es a quien le compete en análisis sobre el pago de las cesantías.

Señaló que la fecha de la vinculación de la actora fue el 19 de mayo de 1994, fecha en la cual estaba vigente la Ley 91 de 1989 y de esta medida se tiene que las cesantías pagadas al

personal que se vinculara con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley sería anualizada, por lo que la Resolución 2449 del 4 de abril de 2017 se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 7 de diciembre de 2018 (fs. 142 a 150) negó las pretensiones de la demanda al colegir que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservarían el régimen prestacional previsto para las entidades territoriales y los docentes nacionales y los que fueran vinculados posterior al 1º de enero de 1990 les será aplicable las disposiciones vigentes para los empleados públicos de orden nacional.

Manifestó que es claro que la demandante no es beneficiaria del régimen de cesantías con retroactividad, toda vez que su vinculación se produjo con posterioridad a la fecha 31 de diciembre de 1989, tenido en cuenta que tomó posición en el cargo de docente desde el 19 de mayo de 1994, según el formato único de expedición de la historia laboral, en consecuencia, la liquidación de las cesantías, la entidad debe liquidarlas anualmente y sin retroactividad.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia (fs. 156 a 168). Para el efecto, discutió que si bien la Ley 91 de 1989, cambió el régimen de liquidación de las prestaciones de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes vinculados a las entidades territoriales solo vinieron a afiliarse al fondo a partir del año 1996, como lo ordenó la Ley 115 de 1994 y el Decreto Nacional 196 de 1995, por lo que indicó que se le deben respetar la liquidación de las cesantías de manera retroactiva conforme a la Ley 6ª de 1945.

## **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 28 de febrero de 2019 (fl. 170) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 19 de julio de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (fl. 182). Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.-** (fs. 183 a 184) Reiteró lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, además de ello sostuvo que los docentes territoriales y/o distritales no fueron afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con la expedición de la Ley 91 de 1989, sino que fueron afiliados sólo hasta el 1° de enero de 1997, con la expedición de la Ley 344 de 1996, norma expresa para los empleados públicos de orden territorial que vino a llenar dicho vacío, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica, o no, para reclamar la liquidación de las cesantías definitivas de manera retroactiva, de conformidad con las Leyes 6<sup>a</sup> de 1945, 65 de 1946 y 344 de 1996, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó a las pretensiones de la demanda, comoquiera que la señora Janeth Martínez Gómez se vinculó como docente con posterioridad al 1° de enero de 1990, debiéndole aplicar el régimen anualizado contemplado en la Ley 91 de 1989, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Marco normativo.**- Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

- **De las cesantías.** - El auxilio de cesantías es una prestación a favor de los trabajadores, la cual se causa por la terminación definitiva de la relación laboral, en el caso se causan cesantías definitivas, o durante esta con ocasión del cumplimiento de los requisitos legalmente estipulados para su reconocimiento relacionados con: necesidades de estudios, mejoramiento o compra de vivienda, estas denominadas cesantías parciales.

La Corte Constitucional<sup>2</sup>, con relación a la finalidad de las cesantías, indicó que consiste en: *«[...] cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso, del trabajador».*

En su artículo 17, la Ley 6ª de 19 de febrero de 1945 *«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo»*, consagró por primera vez el auxilio de cesantías para los empleados nacionales de carácter permanente, así:

*«Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942.*

*[...]».*

Por su parte, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, *«Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales»*, incluyó en el derecho a la liquidación del aludido auxilio a los empleados al servicio de los departamentos y municipios de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

*al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses».*

La Ley 65 de 1946, «*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*», extendió este derecho a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, al establecer:

**«Artículo 1º.-** *Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

**Parágrafo.-** *Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley».*

El Decreto 1160 de 1947, «*sobre auxilio de cesantía*», reiteró lo anterior y en su artículo 6º estableció:

*«De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.*

**Parágrafo 1º.** *Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono»* (resalta la Sala).

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que el auxilio de cesantías es una prestación a la que todos los empleados y trabajadores tienen derecho independientemente del tipo de vinculación, y la cual equivale a un salario mensual, donde se incluyen todos los factores salariales devengados por un año de servicio, a menos que el sueldo haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado durante los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este

fuere menor de doce (12) meses, es decir, de manera retroactiva.

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legales y extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3118 de 1968, *«Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998»*, por medio del que fijó un régimen de cesantías anualizado para el sector público del orden nacional (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado), así:

*«Artículo 26°. Liquidación definitiva. Es entendido que aunque el funcionario público o trabajador oficial no solicite liquidación de su cesantía conforme a lo dispuesto en los artículos procedentes, o ésta no se realice oportunamente por cualquier causa, el auxilio de cesantía correspondiente a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968 o hasta fecha anterior, según el caso, en Ministerios, Departamentos Administrativos Superintendencias, establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado deberá liquidarse en forma definitiva hasta dicha fecha.*

*Artículo 27°. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*

*La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador».*

Luego fue proferida la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990, *«Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»*, donde en su artículo 99 estableció que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, por lo que el empleador deberá cancelar al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, valor que debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente.

Subsiguientemente, la Ley 344 de 27 de diciembre 1996, *«Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones»*, determinó para los servidores públicos, sin importar su vinculación, un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año. Así:

*«Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

*a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

*b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo».*

Lo anterior, permite concluir que inicialmente el régimen que se creó para liquidar las cesantías ya fuera de forma parcial o definitiva, fue el retroactivo, sin embargo, a través de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 se creó el régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997.

**- Del régimen aplicable a los docentes.-** La Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, *«Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»*, en su artículo 1.º y 5.º, estableció:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1.- Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2.- Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*3.- Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

*Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad».*

*«Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

*1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*

*2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*

---

<sup>3</sup> Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003.

3.- Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes

5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones».

A su vez, la misma norma en el artículo 15, respecto a las cesantías estableció:

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

[...]

3. Cesantías:

a. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

**b. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.**

[...]» (Resalta la Sala).

Así las cosas, se tiene que con esta normativa se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>4</sup> y un sistema sin retroactividad para la liquidación del auxilio de las cesantías frente a los docentes nacionales que trabajen a la fecha de su entrada en vigor y para

<sup>4</sup> «Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital [...]».

aquellos que se vinculen a partir del 1.º de enero 1990; en cuanto a los nacionalizados estableció que solo quienes laboraran antes del 31 de diciembre 1989 conservarían el régimen prestacional que venían gozando, mientras que a los nombrados con posterioridad se les aplicaría esta disposición.

La Ley 60 de 1993<sup>5</sup> dispuso que todo el personal docente (nacional, nacionalizado y territorial) debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó que *«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 [...]»*<sup>6</sup>.

La Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de Educación, señaló que:

*«Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores».*

El presidente de la república, en ejercicio de las facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 189 (numeral 11) de la Constitución Política, expidió el Decreto 196 de 2005, *«Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones»*, el cual prevé:

*«Artículo 2º.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:*

*Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.*

---

<sup>5</sup> Esta disposición fue derogada por la Ley 715 de 2001, que en su artículo 53 dijo, entrándose de las cesantías, que en lo que respecta a *«[...] los aportes patronales se harán directamente a la entidad... en la forma y oportunidad que señale el reglamento»*.  
<sup>6</sup> Artículo 6º.

**Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:**

a) *Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;*

b) ***Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.***

*Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquellos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial, laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos establecimiento.*

*Prestaciones sociales causadas y no causadas: Las prestaciones causadas son aquellas para las cuales se han cumplido los requisitos que permiten su exigibilidad, y las prestaciones sociales no causadas son aquellas en las que tales requisitos no se han cumplido, pero hay lugar a esperar su exigibilidad futura, cuando reúnan los requisitos legales.*

**Artículo 4º.- Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional.** *Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.*

*Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Parágrafo.- Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal» [Destaca la Sala].*

Así las cosas, esta disposición clasifica los docentes de la siguiente manera: (i) nacionales y nacionalizados, (ii) departamentales, distritales y municipales, es decir, los docentes nombrados por la entidad territorial con cargo a su presupuesto y los financiados o cofinanciados por la Nación a través de convenios y (iii) de establecimientos públicos oficiales.

Igualmente, el Decreto 196 de 25 de enero de 1995 «por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994,

*relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones», en su artículo 5.º y 7.º, estableció:*

*«Artículo 5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.*

*Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan.*

[...]

*Artículo 7º.- Prestaciones causadas. El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes.*

*El pago de las prestaciones sociales de los docentes de establecimientos públicos oficiales que se hayan causado antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad del establecimiento público respectivo de la caja de previsión o de la entidad que hiciere sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes».*

Según lo estipulado en la norma transcrita, se estableció la obligación de incorporar a los docentes, departamentales, distritales y municipales, que sean financiados con recursos propios de las entidades territoriales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo que el reconocimiento de las cesantías y los intereses de las mismas están a cargo de dicha entidad, cuando se ha cumplido con la afiliación.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Janeth Martínez Gómez, en la que consta que nació el 11 de marzo de 1960 (f. 4).
- b) Resolución 2449 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual la Secretaría de Educación Distrital reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor de la señora Janeth Martínez Gómez, en la que se constata que dicha prestación fue liquidada de manera anualizada indicándole que contra la misma únicamente procede el recurso de reposición (fs. 7 y 8).
- c) Decreto 238 del 6 de mayo de 1994, a través de la cual fue nombrada a la señora Janeth Martínez Gómez en el cargo de docente de tiempo completo (fs. 9 a 11).
- d) Copia del acta de posesión 089 del 19 de mayo de 1994, en la que se desprende que la efectividad del nombramiento de la señora Janeth Martínez Gómez fue a partir del 19 de mayo de 1994 (f. 12).
- e) Formato único para expedición de certificado de salarios, en el que se encuentran los factores devengados por la demandante durante el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2015 (fs. 61 y 62).
- f) Formato único para expedición de certificado de historia laboral, en el que vislumbra que la actora fue vinculada como docente en propiedad en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 19 de mayo de 1994, con aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fs. 63 y 64).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la demandante pretende que la accionada le reconozca la cesantía definitiva de manera retroactiva, de conformidad con lo establecido en las Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, 91 de 1989, 344 de 1966 y Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

Por su parte, las entidades demandadas se oponen a las pretensiones de la demanda, comoquiera que aducen que la demandante no tiene derecho a la liquidación de cesantías retroactivas solicitadas.

Ahora bien, de las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) mediante escrito de 9 de junio de 2016, la demandante solicitó de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y (ii) a través de Resolución 2449 del 4 de abril de 2017, se le ordenó el pago de las cesantías definitivas, las cuales fueron liquidadas conforme al régimen anualizado.

En ese orden de ideas, comoquiera que la actora inició la prestación de sus servicios como docente desde el **19 de mayo de 1994**, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (**1.º de enero de 1990**), el pago de sus cesantías no debe efectuarse con carácter retroactivo, sino de manera anualizada, como lo establece la norma referida, al indicar que *«se reconocerá y pagará un interés, anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad»*.

Por lo tanto, para la Sala resulta evidente que a la demandante **no le asiste derecho a que sus cesantías sean liquidadas de manera retroactiva**, ya que, al iniciar sus labores como docente distrital el 19 de mayo de 1994, se encuentra regido por el régimen anualizado contemplado en la Ley 91 de 1989, pues tal y como se explicó, con esta normativa se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende un sistema sin retroactividad para la liquidación del auxilio de las cesantías frente a los docentes que trabajaban a la fecha de su entrada en vigor y para aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero 1990.

Por lo anterior, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Janeth Martínez Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Condena en costas.**- Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>7</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

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

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia del 7 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Janeth Martínez Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. - Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.**

**Tercero. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.**

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente	11001-33-35-023-2017-00300-00
Demandante	<b>Nelcy Raquel Galán Vargas</b>
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	Reconocimiento cesantías retroactivas

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 198 a 200) contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 186 a 192).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 23 a 30) La señora Nelcy Raquel Galán Vargas, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la nulidad parcial de la Resolución 7986 de 31 de diciembre de 2012 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas en favor de la demandante y la nulidad del Oficio 2017-66820 de 2 de mayo de 2017, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por medio del cual se indicó que no es procedente realizar la liquidación de las cesantías definitivas con el régimen de retroactividad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó que se ordene a la demandada (i) reconocer y pagar la cesantía definitiva de manera retroactiva, tomando como base la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio a la fecha de presentación de la solicitud de las cesantías, pagando un

(1) salario por cada año de servicio o de manera proporcional, equivalente a la suma de \$33.516.505 de conformidad con la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes; (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; (iii) cancelar los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; (iv) pagar los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y (vi) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

**Fundamentos Fácticos.**- La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Fue nombrada por la Alcaldía de Bogotá mediante Resolución 176 de 29 de enero de 1993 y se posesionó como docente en propiedad el 5 de febrero de 1993.

Prestó sus servicios como docente ininterrumpidamente durante 19 años y 9 días, lapso comprendido del 5 de febrero de 1993 al 13 de febrero de 2012 para un total de 6849 días, devengando para el año 2012 como factores salariales el sueldo, primas de navidad, vacaciones y especial.

Mediante memorial de 20 de abril de noviembre de 2017 solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento del régimen de retroactividad en las cesantías, el cual fue contestado mediante el Oficio S-2017-66820 de 2 de mayo de 2017, por medio del cual se indicó que no se presenta novedad frente a realizar la liquidación de las cesantías definitivas con el régimen de retroactividad.

Sostuvo que radicó la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría el 6 de junio de 2017, la cual se realizó el 17 de julio de 2017, donde se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.**- La parte demandante citó como normas violadas por los actos administrativos acusados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; 17, literal a de la Ley 6ª de 1945; Ley 91 de 1989;

2º, literal a de la Ley 4ª de 1992; Ley 60 de 1993 1º, 2º de la Ley 65 de 1946; Decreto 1498 de 1996; y Decreto 1919 de 2002.

Para explicar el concepto de violación de tales disposiciones la apoderada de la actora precisó el contenido normativo de varias de ellas y agregó que las cesantías de los docentes territoriales se liquidaban bajo el régimen de retroactividad, considerando que el tiempo de servicio prestado a partir del 5 de febrero de 1993, fecha de su posesión y el acto administrativo por medio del cual fue nombrada Resolución 176 de 29 de enero de 1993 expedida por la Alcaldía de Bogotá D.C, acreditó que se ha venido desempeñando en forma ininterrumpida como docente territorial por lo que está facultada para solicitar la aplicación de este régimen.

Sostuvo que las cesantías de los docentes territoriales vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996 se liquidan con retroactividad, así mismo consideró que el acto administrativo acusado es ilegal por ser contrario a la Constitución y la ley.

Por último, trajo a colación jurisprudencia que considera aplicable al caso concreto.

**Contestación de la demanda.** La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro del término de traslado de la demanda guardo silencio según constancia secretarial vista a folio 44 del expediente.

**La Secretaría de Educación de Bogotá** (fs. 141 a 152). Por intermedio de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señaló que si bien interviene en la elaboración o proyección del acto administrativo, en el caso del reconocimiento de las cesantías ya sea parcial o definitiva, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien aprueba el mismo y la fidupervisora como administradora de esa cuenta es a quien le compete en análisis sobre el pago de las cesantías.

Señaló que la fecha de la vinculación de la actora fue el 29 de enero de 1993, fecha en la cual estaba vigente la Ley 91 de 1989 y de esta medida se tiene que las cesantías pagadas al personal que se vinculara con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley sería anualizada, por lo que la Resolución 7986 del 31 de diciembre de 2012 y el Oficio 2017-66820 de 2 de mayo de 2017 de los cuales se pretenden la nulidad se encuentran ajustadas al

ordenamiento jurídico.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 20 de febrero de 2019 (fs. 186 a 192) negó las pretensiones de la demanda al colegir que la demandante solicitó, mediante memorial radicado ante la entidad demandada el 20 de abril de 2017, el reconocimiento y pago de las cesantías de manera retroactiva, sin embargo, es visible que la demandante se notificó del acto administrativo que le reconoció las cesantías definitivas el 10 de enero de 2013, de manera que para cuando radicó la solicitud de liquidación de las cesantías bajo el régimen retroactivo habían transcurrido más de tres (3) años.

Manifestó que es claro que al haberse presentado la petición por fuera de los tres años posteriores al pago de las cesantías definitivas, el derecho se encuentra extinguido junto con la obligación de la entidad de reconocer y pagar la diferencia que surge entre la liquidación de las cesantías bajo el régimen retroactivo y el régimen anualizado.

Señaló que si bien es cierto la demandante tenía derecho a que sus cesantías se liquiden retroactivamente, la parte actora estaba en la obligación de interrumpir el término prescriptivo exigiendo de la administración el reconocimiento del derecho, lo cual, ocurrió pero por fuera del término legal de tres (3) años, por lo que se debe declarar prescrito el pago que se pudo derivar del mencionado derecho y como consecuencia negó las pretensiones de la demandada por haber operado la prescripción extintiva de los derechos reclamados.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia (fs. 198 a 200). Para el efecto, manifestó que de acuerdo con la jurisprudencia, se concluye que no hay lugar a la prescripción para acceder al régimen de retroactividad en las cesantías, toda vez que por tratarse de una prestación periódica, el Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, lo cual se interrumpe con el simple reclamo ante la autoridad competente e interrumpe la prescripción por otros tres años.

Agregó que los actos que reconocen prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados y por lo tanto la solicitud radicada antes el magisterio interrumpió la prescripción por una sola vez, por lo que solicitó se revoque

la sentencia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 22 de marzo de 2019 (fl. 202) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 19 de julio de 2019, en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 4 de octubre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (fl. 209). Oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandante.

**Parte demandante.-** (fs. 183 a 184) Reiteró lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, además de ello sostuvo que los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, pero que el mencionado decreto no reguló la cesantía definitiva, ni el pago de los intereses, por lo tanto no se aplica dicho término de prescripción, sino el de 10 años, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica, o no, para reclamar la liquidación de las cesantías definitivas de manera retroactiva, de conformidad con las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y 344

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

de 1996, así como los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia al encontrar probada de oficio la excepción de prescripción del derecho, de conformidad con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.-** Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**- De las cesantías.** - El auxilio de cesantías es una prestación a favor de los trabajadores, la cual se causa por la terminación definitiva de la relación laboral, en el caso se causan cesantías definitivas, o durante esta con ocasión del cumplimiento de los requisitos legalmente estipulados para su reconocimiento relacionados con: necesidades de estudios, mejoramiento o compra de vivienda, estas denominadas cesantías parciales.

La Corte Constitucional<sup>2</sup>, con relación a la finalidad de las cesantías, indicó que consiste en: «[...] cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso, del trabajador».

En su artículo 17, la Ley 6ª de 19 de febrero de 1945 «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo», consagró por primera vez el auxilio de cesantías para los empleados nacionales de carácter permanente, así:

*«Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942.*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-823 de 4 de octubre de 2006, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[...]».

Por su parte, el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, «*Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales*», incluyó en el derecho a la liquidación del aludido auxilio a los empleados al servicio de los departamentos y municipios de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses».*

La Ley 65 de 1946, «*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*», extendió este derecho a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, al establecer:

*«Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

**Parágrafo.-** *Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley».*

El Decreto 1160 de 1947, «*sobre auxilio de cesantía*», reiteró lo anterior y en su artículo 6º estableció:

*«De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.*

**Parágrafo 1º.** *Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono»* (resalta la Sala).

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que el auxilio de cesantías es una prestación a la que todos los empleados y trabajadores tienen derecho independientemente del tipo de vinculación, y la cual equivale a un salario mensual, donde se incluyen todos los factores salariales devengados por un año de servicio, a menos que el sueldo haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado durante los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses, es decir, de manera retroactiva.

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legales y extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3118 de 1968, *«Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998»*, por medio del que fijó un régimen de cesantías anualizado para el sector público del orden nacional (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del estado), así:

*«Artículo 26°. Liquidación definitiva. Es entendido que aunque el funcionario público o trabajador oficial no solicite liquidación de su cesantía conforme a lo dispuesto en los artículos procedentes, o ésta no se realice oportunamente por cualquier causa, el auxilio de cesantía correspondiente a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968 o hasta fecha anterior, según el caso, en Ministerios, Departamentos Administrativos Superintendencias, establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado deberá liquidarse en forma definitiva hasta dicha fecha.*

*Artículo 27°. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*

*La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador».*

Luego fue proferida la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990, *«Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones»*, donde en su artículo 99 estableció que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, por lo que el empleador deberá cancelar al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, valor que debe

ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente.

Subsiguientemente, la Ley 344 de 27 de diciembre 1996, «*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*», determinó para los servidores públicos, sin importar su vinculación, un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año. Así:

*«Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo».*

Lo anterior, permite concluir que inicialmente el régimen que se creó para liquidar las cesantías ya fuera de forma parcial o definitiva, fue el retroactivo, sin embargo, a través de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 se creó el régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997.

**- Del régimen aplicable a los docentes.-** La Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, «*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*», en su artículo 1.º y 5.º, estableció:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

- 1.- Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2.- Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3.- Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

---

<sup>3</sup> Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003.

*Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad».*

*«Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

- 1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3.- Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes*
- .5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones».*

A su vez, la misma norma en el artículo 15, respecto a las cesantías estableció:

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

*[...]*

*3. Cesantías:*

*a. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

***b. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.***

[...]» (Resalta la Sala).

Así las cosas, se tiene que con esta normativa se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>4</sup> y un sistema sin retroactividad para la liquidación del auxilio de las cesantías frente a los docentes nacionales que trabajen a la fecha de su entrada en vigor y para aquellos que se vinculen a partir del 1.º de enero 1990; en cuanto a los nacionalizados estableció que solo quienes laboraran antes del 31 de diciembre 1989 conservarían el régimen prestacional que venían gozando, mientras que a los nombrados con posterioridad se les aplicaría esta disposición.

La Ley 60 de 1993<sup>5</sup> dispuso que todo el personal docente (nacional, nacionalizado y territorial) debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y determinó que *«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 [...]»*<sup>6</sup>.

La Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de Educación, señaló que:

*«Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores».*

El presidente de la república, en ejercicio de las facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 189 (numeral 11) de la Constitución Política, expidió el Decreto 196 de 2005, *«Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes*

---

<sup>4</sup> «Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital [...]».

<sup>5</sup> Esta disposición fue derogada por la Ley 715 de 2001, que en su artículo 53 dijo, entratándose de las cesantías, que en lo que respecta a *«[...] los aportes patronales se harán directamente a la entidad... en la forma y oportunidad que señale el reglamento».*

<sup>6</sup> Artículo 6º.

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones», el cual prevé:

*«Artículo 2º.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente Decreto, los siguientes términos tendrán el alcance indicado en cada uno de ellos:*

*Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.*

**Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:**

*a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;*

***b) Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.***

*Docentes de Establecimientos Públicos Oficiales: Son aquellos que pertenecen a la planta de personal del respectivo establecimiento público educativo nacional o territorial, laboran en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media y son pagados con recursos establecimiento.*

*Prestaciones sociales causadas y no causadas: Las prestaciones causadas son aquellas para las cuales se han cumplido los requisitos que permiten su exigibilidad, y las prestaciones sociales no causadas son aquellas en las que tales requisitos no se han cumplido, pero hay lugar a esperar su exigibilidad futura, cuando reúnan los requisitos legales.*

**Artículo 4º.- Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional.** *Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.*

*Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.*

**Parágrafo.-** *Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagaran con cargo al situado fiscal» [Destaca la Sala].*

Así las cosas, esta disposición clasifica los docentes de la siguiente manera: (i) nacionales y nacionalizados, (ii) departamentales, distritales y municipales, es decir, los docentes nombrados por la entidad territorial con cargo a su presupuesto y los financiados o cofinanciados por la Nación a través de convenios y (iii) de establecimientos públicos oficiales.

Igualmente, el Decreto 196 de 25 de enero de 1995 *«por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones»*, en su artículo 5.º y 7.º, estableció:

**«Artículo 5º.-** *Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.*

*Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan.*

[...]

**Artículo 7º.-** *Prestaciones causadas. El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes.*

*El pago de las prestaciones sociales de los docentes de establecimientos públicos oficiales que se hayan causado antes de su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad del establecimiento público respectivo de la*

*caja de previsión o de la entidad que hiciere sus veces, en donde se hayan efectuado los correspondientes aportes».*

Según lo estipulado en la norma transcrita, se estableció la obligación de incorporar a los docentes, departamentales, distritales y municipales, que sean financiados con recursos propios de las entidades territoriales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo que el reconocimiento de las cesantías y los intereses de las mismas están a cargo de dicha entidad, cuando se ha cumplido con la afiliación.

**- Frente a la declaratoria de prescripción del derecho:**

La prescripción constituye una manifestación de la influencia que el tiempo tiene sobre las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos, Éstos, a lo largo de aquél, nacen, se ejercitan y mueren. Así mismo la prescripción extintiva puede definirse como el modo de extinguirse los derechos por el mero hecho de no dar ellos adecuadas señales de vida durante el plazo fijado por la ley.

Otro de los conceptos de prescripción, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, prescripción extintiva cuando ha transcurrido el tiempo establecido en la ley para ejercer ciertas acciones con las cuales podemos hacer valer nuestros derechos y no se ejercieron.

Esta materia está regulada por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 26 de diciembre de 1968<sup>7</sup> que dispone lo siguiente:

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

---

<sup>7</sup> Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales

Así mismo el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969<sup>8</sup>, con respecto a la prescripción de las acciones, establece:

*«1°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2°. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual».*

Teniendo en cuenta la normativa transcrita, es preciso decir que los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En lo que respecta a las cesantías, resulta oportuno anotar que estas carecen de la naturaleza de prestación periódica, por lo que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se incoe con el fin de obtener la anulación de los actos administrativos por medio de los cuales se liquiden o se resuelva su reclamo así lo ha considerado el honorable Consejo de Estado<sup>9</sup>.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Nelcy Raquel Galán Vargas, en la que consta que nació el 20 de marzo de 1950 (f. 2 y 135).
- b) Resolución 176 del 29 de enero de 1993, por medio de la cual la Alcaldía de Bogotá nombró a la señora Nelcy Raquel Galán Vargas, como docente de tiempo completo en la planta incremental del programa ciudad Bolívar (fs.3 a 6).
- c) Copia del acta de posesión del 24 de marzo de 1993, en la que se desprende que la

---

<sup>8</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de quince (15) de marzo de dos mil siete (2007), radicación número: 13001-23-31-000-1999-00512-01(00512-05).

efectividad del nombramiento de la señora Nelcy Raquel Galán Vargas, fue a partir del 5 de febrero de 1993 (fl. 3).

- d) Derecho de petición radicado el 20 de abril de 2017, mediante el cual se solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Secretaría de Educación de Bogotá el pago de las cesantías definitivas aplicando el régimen de retroactividad de la actora (fs. 8 a 11).
- e) Oficio S-2017-77920 de fecha 2 de mayo de 2017, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante el cual se negó lo solicitado indicando que una vez verificada la información de la entidad no se presenta novedad de retroactividad de las cesantías (fl. 12).
- f) Formato único para expedición de certificado de historia laboral, en el que vislumbra que la actora fue vinculada como docente en propiedad en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 8 de febrero de 1993, con aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fs. 13 y 14).
- g) Formato único para expedición de certificado de salarios, en el que se encuentran los factores devengados por la demandante durante el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2011 y el 5 de febrero de 2012 (fl. 15).
- h) Resolución 7986 del 31 de diciembre de 2012, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor de la señora Nelcy Raquel Galán Vargas, en la que se constata que dicha prestación fue liquidada de manera anualizada indicándole que contra la misma únicamente procede el recurso de reposición (fs. 16 y 17).
- i) Copia de la notificación personal de la Resolución 7986 del 31 de diciembre de 2012, donde consta que la misma le fue puesta en conocimiento a la señora Nelcy Raquel Galán Vargas el 10 de enero de 2013 (fl. 18).

**Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la demandante pretende que la accionada le reconozca la cesantía definitiva de manera retroactiva, de conformidad con lo establecido en las Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, 91 de 1989, 344 de 1966 y Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947.

Por su parte, las entidades demandadas se oponen a las pretensiones de la demanda, comoquiera que aducen que la demandante no tiene derecho a la liquidación de cesantías retroactivas solicitadas.

Ahora bien, de las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) Mediante Resolución 7986 del 31 de diciembre de 2012, se le ordenó el pago de las cesantías definitivas, las cuales fueron liquidadas conforme al régimen anualizado; ii) mediante escrito de 20 de abril de 2017, la demandante solicitó de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas aplicando el régimen de retroactividad y (ii) a través del Oficio S-2017-77920 de fecha 2 de mayo de 2017, se negó la aplicación de las cesantías retroactivas indicando que una vez verificada la información de la entidad no se presentó novedad al respecto.

Ahora bien, frente a la prescripción del derecho, conforme a la jurisprudencia transcrita en la parte normativa de esta providencia, se advierte que el interesado debe tener un plazo prudencial y razonable para exigir el reconocimiento de los derechos laborales de los que crea tener derecho, concluyendo que debe ser el que la ley impone para esos casos, es decir, 3 años.

Por tal motivo, se comparte la decisión del juez de primera instancia en cuanto declaró configurado el fenómeno de la prescripción comoquiera que el acto administrativo demandado Resolución 7986 del 31 de diciembre de 2012, por medio del cual se pagó las cesantías definitivas a la demandante, fue notificado personalmente el 10 de enero de 2013 (fl. 18), pero solo hasta el 20 de abril de 2017, la demandante solicitó ante la accionada mediante derecho de petición el pago de las cesantías aplicando el régimen de retroactividad (fs. 8 a 11).

Así las cosas, la señora Nelcy Raquel Galán Vargas tenía tres años para presentar la demanda o para interrumpir la prescripción, mismos que se contabilizan a partir del día siguiente de la notificación personal de la providencia en mención, es decir, desde el **11 de enero de 2013**, los cuales vencerían el **11 de enero de 2016**, pero como ya se ha manifestado, la petición del pago de las cesantías retroactivas fue radicada ante la entidad demandada el **20 de abril de 2017** y la demanda fue presentada el **28 de agosto de 2017**, esto es, cuando ya habían transcurrido más de tres años desde que la obligación se hizo exigible, por lo tanto se tiene que operó el fenómeno prescriptivo en el presente caso, tal como lo manifestó el *a quo*.

Por lo expuesto, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia apelada.

**Condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>10</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

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

**FALLA:**

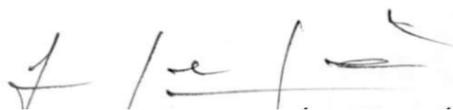
**Primero. - Confirmar** la sentencia del 20 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción del derecho en el proceso instaurado por la señora Nelcy Raquel Galán Vargas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. - Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.**

**Tercero. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.**

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 110013334205620170037001  
Demandante : **Jhonatan José Scoppetta Santana**  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Disciplinario  
Actuación : Sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte demandante (fs. 388 a 400), contra la sentencia de 17 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 373 a 384).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 220 a 250) El señor Jhonatan José Scoppetta Santana, por conducto de apoderado judicial, y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) fallo de primera instancia de fecha 15 de mayo de 2016 proferido por el inspector delegado especial MEBOG dentro del proceso disciplinario N° RESBO-2015-14 que lo destituyó e inhabilitó por 11 años y ii) fallo de segunda instancia de fecha 19 de octubre de 2016 proferida por el inspector general de la Policía Nacional que confirmó el fallo de primera instancia.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad a: i) reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, por ser empleado de escalafón; ii) pagar los salarios, primas, reajustes salariales, subsidios, vacaciones y demás emolumentos y derechos prestacionales y laborales que dejó de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrado,

así como todas las sumas que demuestre haber pagado por concepto de servicios médicos, hospitalarios, odontológicos, especialistas, laboratorio entre otros; iii) pagarle 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes tasados al momento de efectuarse la condena; iv) declarar que no ha existido solución de continuidad; v) que los pagos sean ajustados con el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE; y vi) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 193, 194 y 195 del «Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» (sic).

**Fundamentos Fácticos.-** El demandante como soporte del presente medio de control, señaló los siguientes hechos:

Se vinculó a la Policía Nacional, siendo su último ascenso el grado de subteniente según Resolución 10401 del 26 de noviembre de 2014.

*Fue retirado del servicio «[...] previo proceso disciplinario que se originó según las pruebas allegadas al expediente, indican que el día 04 de abril de 2015 el cuadrante 22 del CAI Centro Mayor arribó sobre las 15:00 horas aproximadamente al Centro Comercial de esa misma jurisdicción, con el fin de constatar una serie de motivos de policía suscitados al interior del almacén éxito y encontrándose en este sitio se enteraron el caso ocurrido con la joven EMILY RAMIREZ PIÑEROS, quien fue retenida por personal de seguridad privada porque al parecer pretendía salir de este lugar sin cancelar una pestañina, joven que se encontraba con su compañero permanente policial con el fin de judicializar algunos de ellos, pues no todos, según se JUAN PABLO LONDOÑO PEÑA, quien manifestó ser patrullero de la Policía Nacional. La patrulla de vigilancia luego de constatar los casos reportó al Oficial de vigilancia para que enviara una unidad policial con el fin de judicializar algunos de ellos, pues no todos, según se CRISTIAN ALFREDO RAMOS DÍAZ, comandante del cuadrante 22, dijo que encontrándose en este lugar junto con su compañero de patrulla, llegó el patrullero ALEXANDER PUENTES PUENTES con el fin de judicializar uno de los casos, así mismo arribo al sitio el subintendente JHONATAN JOSE SCOPPETTA SANTANA, quien les manifestó quedarse con los procedimientos que estaban en curso mientras se judicializaban los otros, situación que fue informada igualmente por el patrullero JOHN NARANJO NARANJO integrante del mismo cuadrante.*

»

*El intendente RAMIRO GAMBA AMADOR, oficial de vigilancia para este día, aseguró haber [prestado] el apoyo para trasladar en el vehículo de siglas 17-0536 a dos señoritas desde la entrada N°.3 del Centro Comercial Mayor hasta la Estación de Policía Antonio Nariño, lo cual fue ordenado por el subteniente JHONATAN JOSE SCOPPETTA SANTANA, en el momento en que se trasladó al mismo sitio a recoger a otra persona con fines de [judicialización].*

*Una vez en la Estación de Policía Antonio Nariño, las dos mujeres, entre ellas, EMILY RAMIREZ PIÑEROS, descendieron de la patrulla policial siendo aproximadamente las 06:30 horas y el subteniente JHONATAN JOSE SCOPPETTA SANTANA las ingresó al interior de las instalaciones por la entrada principal, manifestándole al suboficial de servicio que ambas mujeres serían enviadas a la Unidad Permanente de Justicia, posteriormente las subió al segundo piso en donde está ubicada la oficina del señor Capitán JHONNIER CARDONA RAMIREZ, comandante (e) de la Estación, para esa fecha, lugar en donde el subteniente las presentó ante el oficial, y en la que solo se quedó la joven EMILY RAMIREZ.*

*Encontrándose al interior de esa oficina, y luego de retirarse el subteniente JHONATAN JOSE SCOPPETTA SANTANA, junto con la otra mujer, al parecer el Capitán JHONNIER CARDONA RAMIREZ se encerró con la joven EMILY RAMIREZ PIÑEROS con quien, luego de sostener una conversación, sostuvo una relación sexual, con la finalidad de no ser trasladada a la unidad permanente de justicia, saliendo ambas mujeres de las instalaciones policiales sobre las 17:23 horas aproximadamente y que finalizó con la imposición de la sanción de destitución, e inhabilidad general por once (11 años), mediante los actos disciplinarios que se acusan de nulidad.» (Sic toda la cita).*

Los fallos acusados de ilegalidad contienen una motivación alejada de la realidad y una indebida valoración probatoria.

Fue retirado e inhabilitado con desconocimiento del derecho a la defensa y el debido proceso.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** El demandante consideró que con la expedición de los fallos de primera y segunda instancia se vulneraron las siguientes disposiciones: artículos 2, 4, 6, 13, 14, 15, 16, 21, 25, 26, 29, 31, 32, 34, 42, 83, 85, 87, 90, 95, 125, 216, 228, y 230 de la Constitución Política; 8 de la Ley 153 de 1887, 2 inciso 2 de la Ley 13 de 1984, 1 y siguientes de la Ley 200 de 1995, Ley 1015 de 2016, Decreto 1 de 1984, 39 (numerales 13, 15, literal c, 16, 17, 19, 35 y 39) y 98 del Decreto 2584 de 1993, 56 (numeral 2. Literal d) y 64 Decreto 132 de 1995, 24, 217, 218, 234, 250, 262 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

En resumen expuso los siguientes cargos i) violación al debido proceso; ii) violación al principio de legalidad y presunción de inocencia; iii) falsa motivación; vi) violación al principio de proporcionalidad; v) violación a la ley; y vi) error de hecho y de derecho.

En cuanto a la violación al debido proceso expuso que existió una indebida valoración probatoria, porque a pesar de las evidencias, solo se tuvo en cuenta la denuncia presentada por la joven Emily Ramírez Piñeros, sin tener pruebas idóneas, fehacientes, creíbles que den cuenta de la veracidad de los hechos que motivaron la investigación disciplinaria.

Señaló que el traslado de la señorita Emily Ramírez, en cumplimiento de un deber legal, en ese caso, la orden del capitán JHONNIER CARDONA RAMIREZ (comandante de la estación), quien tenía la competencia para aplicar la retención a la quejosa. Igualmente por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, debido a la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, y con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, causales de exclusión de la

responsabilidad disciplinaria establecida en el artículo 28 del C.D.U. numerales 4 y 6 del mismo artículo.

Sobre la presunción de legalidad y presunción de inocencia expresó que el traslado de la señorita Emily Ramírez obedeció en primer lugar, al cumplimiento de la orden impartida, amparada en el principio de legalidad Decreto 1355 de 1970, en cumplimiento de una orden del superior, que para ese caso era el comandante de la Estación Antonio Nariño el capitán Jhonier Cardona Ramírez y en segundo lugar, para protegerla de su esposo el patrullero Juan Pablo Londoño Peña, quien estaba un poco disgustado.

En armonía con la presunción de inocencia resaltó el principio de la duda razonable, que como bien su nombre lo indica, en el evento de presentarse duda durante la actuación disciplinaria, respecto de la conducta o responsabilidad del investigado, esta debe resolverse en favor del disciplinado.

En relación con la falsa motivación afirmó que los actos impugnados no contienen una motivación ajustada a la realidad, pues en la actuación disciplinaria no obra prueba alguna que permita endilgarle responsabilidad en cuanto a privar ilegalmente de la libertad a una persona, porque en la investigación está demostrado que el traslado de la señorita Emily Ramírez a la Estación de Policía Antonio Nariño, fue atendida en cumplimiento de un deber legal, en este caso la orden emitida por el Capitán JHONNIER CARDONA RAMIREZ comandante de la estación (e) que fue quien aplicó la retención transitoria, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social e individual, en consecuencia aplicar la sanción de destitución e inhabilidad general por espacio de 11 años al actor, es una violación al debido proceso, y con desconocimiento de la constitución, la ley y los reglamentos.

En lo atinente al cargo de proporcionalidad aseveró que *«[...] lo destituyeron con el único testimonio de la joven **EMILY RAMIREZ ÚNICO** testigo que lo inculpó, **iii)** no aparece prueba alguna de que cometió algún delito o falta disciplinaria, **iv)** no se practicaron las diligencias necesarias para arribar a la verdad, ni se tuvieron en cuenta los elementos de convicción que le favorecían, **v)** los actos demandados adolecen de falsa motivación, porque se fundamentaron especialmente en los artículos 39 (numerales 13, 15, 16, 17, 19, y 39), 2, 6 y 29 de la Constitución Nacional, y en los artículos 1 y siguientes de la Ley 200 de 1995, y la*

*Ley 734 de 2002, disposiciones que no se adecuan a los cargos que le fueron inicialmente formulados, y que no pueden ser aplicadas a este caso, vi) la entidad demandada no tuvo en cuenta lo que en realidad ocurrió ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar, siendo evidente que el único testimonio tenido en cuenta dentro del proceso disciplinario fue la de la joven **EMILY RAMIREZ**»*

Afirmó que la desproporción en la sanción implicó una violación al artículo 18 del C.D.U., y un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad consistente en la infracción de las normas superiores que gobiernan los actos administrativos sancionatorios demandados.

Concluyó que existieron irregularidades que vician de forma y fondo los cargos pues i) no se valoró el material probatorio, ii) no se determinó la conducta específica que cometió, iii) no se indicaron las normas vulneradas, iv) no estuvo suficientemente motivado ni se determinó la gravedad de la falta.

**Contestación de la demanda.** - (fls. 290 a 296). La entidad accionada, mediante escrito de 12 de marzo de 2018, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos y otros no, así mismo propuso la excepción que denominó actos administrativos ajustados a la constitución, la ley y la jurisprudencia.

Adujo que en desarrollo de las actuaciones procesales de la investigación disciplinaria que se adelantó en contra del subteniente Jhonatan José Scoppetta Santana, se le garantizó su derecho al debido proceso, asegurado con la asistencia de su abogada de confianza, quien allegó pruebas, presentó alegatos de conclusión en primera y segunda instancia y estuvo presente en la lectura del fallo.

Insistió en que el fallador disciplinario sustentó la decisión basado en el material probatorio, quien luego de valorar cada pieza procesal con aplicación de las reglas de la sana crítica, determinó que había lugar a responsabilizar al investigado como en efecto sucedió, situación que fue confirmada al resolverse la segunda instancia.

Concluyó que los procesos disciplinarios en referencia, están ajustados a derecho y que no puede decirse que se transgredieron los derechos fundamentales como el debido proceso, el

derecho de defensa y mucho menos, que los actos administrativos demandados fueron emitidos contrariando la Ley; toda vez, que la investigación disciplinaria estuvo sujeta a la normatividad vigente para la materia, respetando los derechos y garantías al investigado, como se observa en las piezas procesales que obran en el *sub lite*.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 17 de mayo de 2019 (fs. 373 a 384), negó las súplicas de la demanda, al considerar que « [...] en el fallo se analizó que la conducta del oficial tampoco fue ajustada a las circunstancias exculpatorias por él expuestas, pues si Emily manifestó estar atemorizada por la exaltación u ofuscación de su compañero, lo que no se encontró probado, como ya se dijo y solicitó protección policial, lo procedente no era conducirla a ella la posible víctima a la estación, sino al presunto agresor, además se estableció que no se adoptó ninguna medida a su favor, como un acompañamiento luego de salir de la Estación. Generándose una doble victimización, primero por ser presuntamente agredida, y luego, por no garantizar su protección, como sujeto especial y de acuerdo a las normas internacionales de no violencia contra la mujer que obligan al estado colombiano y en consecuencia a sus agentes.

El *a quo* arribo a la conclusión de que la privación ilegal de la libertad que sufrió la ciudadana Emily Ramírez Piñeros le generó un estado de vulnerabilidad, provocando sobre esta, la violencia de género, a través de manipulación y aprovechando su gran angustia por su temor de ser judicializada, violencia generadora del daño o sufrimiento sexual causada por el capitán Jhonnie Cardona, quien la uso como objeto sexual, siendo una mujer joven en estado de angustia por su situación jurídica.

Además resaltó que las autoridades se encuentran instituidas para proteger a las personas en sus derechos, y que los uniformados de la Policía Nacional, y con mayor responsabilidad los señores oficiales, representan públicamente la autoridad llamada a proteger los derechos de los ciudadanos, no ha desconocerlos.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación (fs. 388 a 400), en el que manifestó que el fallador de primera

instancia desconoció la clara inobservancia de la indebida valoración probatoria en la que incurrió la autoridad disciplinaria tanto en el fallo de primera como de segunda instancia, porque a pesar de las evidencias, la única prueba con lo que se sustentó la decisión fue la denuncia presentada por la señora EMILY RAMIREZ PIÑEROS, denuncia que dio origen a un archivo en la parte penal, sin que existieran pruebas idóneas, fehacientes, creíbles que den cuenta de la veracidad de los hechos que motivaron la investigación disciplinaria, violando la presunción de inocencia y el favorecimiento de todas las dudas.

Insistió en la necesidad de decretar y practicar la prueba testimonial de la señora Karen Viviana Clavijo quien fue testigo de los hechos por los que fue sancionado, argumentando que resulta ser una prueba sumamente necesaria para tener un mejor concepto para tomar la decisión, prueba que pese a que fue decretada en el proceso disciplinario no se logró practicar debido a que la primera vez la declarante no asistió y la segunda vez llegó tarde. Sobre este asunto resaltó que esta testigo quien se encontraba con la señora Emily Ramírez Piñeros, en una declaración extrajudicial manifestó que nunca había sido retenida y que su estadía en la estación de policía obedeció a su propia petición

Considera que nunca existió una retención y mucho menos privación de la libertad de la hoy quejosa, sino que lo que hizo fue un traslado por protección como un medio de policía, traslado que efectivamente acompañó al señor subteniente Scoppetta y que dista de manera abismal de una privación ilegal de la libertad, máxime cuando está probado que la estadía de esta ciudadana en las instalaciones policiales no superó siquiera una hora.

#### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 19 de junio de 2019 (f. 402) y admitido por esta Corporación en providencia de 19 de septiembre de 2019 (fl. 407), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 17 de enero de 2020 (fl. 410), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** A la Sala corresponde determinar si al señor Jhonatan José Scoppetta Santana le asiste razón jurídica al pretender se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, le impuso una sanción disciplinaria consistente en destitución e inhabilidad por once (11) años dentro del proceso disciplinario N° RESBO-2015-14, por encontrarlo disciplinariamente responsable de la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 (privar ilegalmente de la libertad a una persona), o si por el contrario, la actuación disciplinaria estuvo ajustada a derecho.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia, toda vez que el demandante no acató el procedimiento formal que debe observarse cuando se trata de privación de la libertad de una persona, relativas a la conducción inmediata de la detenida a la UPJ con fines de judicialización o diligenciar los registros y soportes exigidos en el reglamento del servicio de policía en aquellos casos en que se pretenda una detención transitoria de 24 horas como medida preventiva, aspectos que desencadenaron en la configuración de la falta gravísima denominada privación ilegal de la libertad.

**i) Marco jurídico.-** Lo primero que se debe advertir es que la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, la cual ostenta un poder preferente, sin que esto denote la exclusión de la facultad que tienen algunas entidades para ejercer directamente esa misma potestad como es el caso de las autoridades de Policía<sup>2</sup>, las que están sometidas al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los términos establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Dicho control jurisdiccional debe ser integral en el que se verifique la constitucionalidad y legalidad del acto cuestionado, la valoración fáctica; probatoria (conforme a las reglas de la

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>2</sup> Artículo 1 de la Ley 1015 de 2006.

sana crítica); calificación de la falta; modalidad de la conducta y los criterios atendidos para la graduación de la sanción, la valoración judicial, los conceptos jurídicos indeterminados y concretados en la decisión.

En este caso en particular, la preceptiva vigente y aplicable para la fecha de los hechos es la Ley 1015 de 2006 «*Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*», normativa que respecto a la clasificación y descripción de las faltas gravísimas dispone lo siguiente:

**«Artículo 34.** *Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

1. *Privar ilegalmente de la libertad a una persona o demorar injustificadamente la conducción de la misma ante la autoridad competente.*  
[...]

**Artículo 38.** *Definición de sanciones. Son sanciones las siguientes:*

1. *Destitución e Inhabilidad General:*

*La Destitución consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial; la Inhabilidad General implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.*

[...]

**Artículo 39.** *Clases de sanciones y sus límites. Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:*

1. *Para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.*

2. *Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, Suspensión e Inhabilidad Especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.*

3. *Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, Suspensión e Inhabilidad Especial entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.*

4. *Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.*

5. *Para las faltas leves culposas, Amonestación Escrita.*

**Parágrafo.** *Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones».*

Del análisis normativo precitado se tiene que la privación ilegal de la libertad se constituye en una falta gravísima. Ahora bien, respecto de la sanción de destitución, la misma norma la define como la terminación de la relación del servidor público con la institución policial, mientras que de la inhabilidad afirma que implica la imposibilidad para ejercer función pública en cualquier cargo y advierte que la sanción que corresponde para las faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima es la destitución e inhabilidad general por un término de entre diez (10) y veinte (20) años y las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, acarrea suspensión e inhabilidad especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.

En cuanto al examen de legalidad de las actuaciones disciplinarias resulta pertinente traer a colación la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016<sup>3</sup>, en la cual el máximo órgano de esta jurisdicción se pronunció sobre el alcance del control judicial integral, en este sentido:

«[...]

***En conclusión: El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral.***

*Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.*

*Respecto de las causales de nulidad.*

*Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para examinar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437. Si bien, prima facie, el juicio de legalidad se guía por las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto, que en virtud de la primacía del derecho sustancial, el juez puede y debe examinar aquellas causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de optimizar la tutela judicial efectiva, de máxima importancia al tratarse del ejercicio de la función pública disciplinaria que puede afectar de manera especialmente grave el derecho fundamental al trabajo, el debido*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A», sentencia del 9 de agosto de 2016, C.P. William Hernández Gómez, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, expediente número: 110010325000201100316 00.

proceso, etc.

*Afirma Rafael Ostau De Lafont Pianeta lo siguiente: “[...] La concepción del Estado Social de Derecho entonces, trasciende sin abandonar el control de legalidad para inducir al juez en general y particularmente al juez contencioso como un juez garante de la tutela efectiva de los derechos ciudadanos. Le impone al juez no solamente entonces ocuparse de si el acto, la actuación, o la gestión de la administración debe verificarse en cuanto a su contexto de adecuación al ordenamiento jurídico. Sino que además de ello debe preocuparle al juez el que sus decisiones propendan por proteger y garantizar la protección de los derechos de los administrados. [...]”<sup>4</sup>*

*En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.*

*Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.*

*Respecto de la valoración de las pruebas recaudadas en el disciplinario.*

*De las causales de nulidad que regula el artículo 137 de la L. 1437, se destacan cuatro de ellas, porque tendrían relación directa con la valoración probatoria bajo los parámetros de un juicio integral, a saber: (i) violación del derecho de audiencias y de defensa, que vincula el derecho al debido proceso regulado en el artículo 29 Constitucional que consagra el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertirlas. (ii) Infracción de las normas en que debe fundarse el acto administrativo. Cuando el acto administrativo no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento<sup>5</sup> resulta lógico deducir que en el evento en que la decisión disciplinaria contraría los principios y reglas ya estudiadas que regulan la actividad de recaudo y valoración probatoria, establecidas en el artículo 29 de la Constitución y en las normas citadas de la Ley 734 de 2002, estará viciada por no sujetarse a las normas sustanciales y procesales que son imperativas para el operador disciplinario. (iii) Falsa motivación, se configura cuando las razones de hecho o de derecho que se invocan como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad. Motivación que constituye un principio rector en el artículo 19 de la L. 734. El juicio integral permite controlar la valoración de la prueba porque sólo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.*

*Respecto de los principios rectores de la ley disciplinaria.*

*Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT*

<sup>4</sup> Ver ensayo sobre Fundamentos del Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Colección jurídica disciplinaria del ICDD. Ed. 2014, pág. 130.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2006, Rad. 14226, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*ratificados por Colombia»*

*En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.*

*Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.*

En ese orden, se entiende que en el juicio disciplinario se debe hacer un estudio integral, no solo de la legalidad del acto administrativo, sino también del alcance de las pruebas, en cuenta a su pertinencia y conducencia, siempre en aras de defender los derechos rectores de la ley disciplinaria.

Mas adelante, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2018<sup>6</sup> resumió lo concerniente al control integral de legalidad, así:

*«El control de legalidad integral de los actos disciplinarios, así propuesto, conlleva implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo que lo habilitan para lo siguiente:*

*- Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.*

*- Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.*

*- Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.*

*- Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.*

*- Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.»*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), C.P., Gabriel Valbuena Hernández, Rad. No.: 110010325000201400708 00 (2190-2014)

De lo anterior, se colige que la actual postura del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cada vez tiende más a permitir un control integral sobre los procesos disciplinarios adelantados por las autoridades administrativas, ya que aun cuando en principio limita el estudio de legalidad a las causales de nulidad invocadas por el demandante, también impone el examen de otras causales conexas que guarden relación con derechos fundamentales. Además, invita a que se efectúe un estudio sobre la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción, la observancia de principios rectores, la gravedad y graduación de la falta y su análisis de proporcionalidad.

El control jurisdiccional que se realiza a los fallos proferidos por las entidades competentes en temas disciplinarios, no solo se debe limitar a la ilegalidad de los mismos, pues Constitucionalmente se ha abierto una brecha donde se aduce que el control que ejerce o debe ejercer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los actos disciplinarios debe ser pleno e integral, afirmando que las acciones ante lo Contencioso en nulidad y restablecimiento del derecho son en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario, por esa razón deben tener un estudio más profundo cuando así se requiera por la complejidad de la actuación disciplinaria en vía administrativa.

Sin embargo, en ningún caso puede ser considerado como una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario, frente a las cuales las partes tuvieron la oportunidad de pedir y controvertir los medios probatorios, dentro de las respectivas etapas procesales, conforme a las reglas del debido proceso, como tampoco llenar los vacíos por falta de una adecuada defensa técnica, sino que por el contrario, para hacer una buena demanda ante lo Contencioso Administrativo, se requiere haber desplegado una adecuada defensa en la oportunidad pertinente, solicitar las nulidades a las que hubiere lugar, solicitar pruebas y recurrir los actos que la negaran, interponer los recursos pertinentes y en general desplegar toda la diligencia y cuidado en la atención del proceso, de tal manera que el operador disciplinario tenga la oportunidad de revisar cada una de sus actuaciones que lo lleven a tomar una decisión correcta, acorde con los fines esenciales del Estado.

**ii) Del material probatorio traído al plenario, que se considera pertinente con el objeto de prueba:**

1. Resolución 1534 del 8 de marzo de 2017, en la que se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al señor subteniente Jhonatan José Scoppetta Santana identificado con cédula de ciudadanía 1.065.658.903, que en consecuencia retiro del servicio activo de la Policía Nacional al citado oficial por destitución de 11 años (folios 4 y 5).
2. Declaración extra-juicio Nro. 4344 rendida por la señora Karen Viviana Clavijo Gaviria ante la notaria Cincuenta y Cuatro del Circulo de Bogotá, el día 20 de junio de 2015, en la que declaró bajo la gravedad de juramento lo siguiente:

*«Para el día 04 de abril de 2015, encontrándome en las instalaciones del éxito del centro comercial “Centro Mayor” fui requerida por el personal de seguridad de dicho establecimiento, encontrándome en la oficina de seguridad y sin que hubiese ningún tipo de retención o captura en mi contra por delito alguno, se me tomaron mis datos de los cuales quedo acta expresa en dicho sitio, al retirarme de allí me entreviste con el señor teniente Scoppetta a quien le manifesté que tenía una información importante sobre los hurtos que se realizaban en el éxito con complicidad de algunos funcionarios del mismo, manifestándole al teniente que yo iba a la estación y le daba la información para que la verificaran con el personal de seguridad del éxito, indicándome el que la única opción de ir es que me fuera en la patrulla que estaba allí, a lo cual no vi problema alguno pues el iba en moto, me subí a la panel y antes de subirme allí se encontraba una joven de nombre Emily a quien le habían encontrado un delineador que se había hurtado, persona que le insistió en varias oportunidades al teniente escopeta la llevara a la estación pues requería hablar con un capitán y que tenía mucho temor por la reacción de su esposo, pues estaba muy disgustado por ella haberse robado dicho elemento y temía que la agrediera, es así como el teniente le indica que la única manera es que se vaya en la patrulla subiéndose a mi lado y pues estaba muy asustada no por el hurto, sino porque su esposo quien según ella era policía, la fuera agredir físicamente, a los pocos minutos llegamos a la estación de policía, allí me quede dándole los datos al teniente escopeta y la señorita que iba conmigo de nombre Emily entro a la oficina del capitán a hablar con él, luego salió, sin ningún problema y procedimos a retirarnos de la estación, en la parte de afuera la estaba esperando el esposo quien se encontraba muy disgustado con ella. No se más porque ahí nos separamos.*

*Quiero dejar claro que nunca fue retenida, o capturada por la policía Nacional menos por el subteniente escopeta, mi estadía en la estación del restrepo solo obedeció a mi solicitud de brindar información sobre hurtos en el éxito, así mismo que la señorita que me acompañaba, casi que rogo que la llevaran pues temía ser agredida por su esposo, pero tampoco fue retenida o capturada por el teniente escopeta. Igualmente dejar claro que el ingreso de la señora Emily como el mío a la estación fue por nuestra voluntad.» (sic).*

3. Fallo de primera instancia proferido el 15 de mayo de 2015 por el Ministerio de Defensa Nacional de Colombia – Inspección General – Inspección Delegada Especial MEBOG, dentro de la actuación disciplinaria Nro. RESBO-2015-14 (folios 35 a 107).

4. Fallo de segunda instancia de fecha 29 de julio de 2016 emitido por la Policía Nacional de Colombia – Inspección General – Grupo Procesos Disciplinarios – Segunda Instancia, en el que entre otros, se confirmó en su integridad el artículo cuarto del fallo de primera instancia de fecha 15 de mayo de 2015 proferido por el señor Inspector Delegado Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá donde responsabiliza disciplinariamente al señor subteniente Jhonatan José Scoppetta Santana, identificado con cédula de ciudadanía número 1.065.658.903 expedida en Valledupar, Cesar con destitución e inhabilidad general por el término de once (11) años (folios 109 a 198).
5. Sentencia del 5 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá, en el que se declaró la nulidad [parcial] de los fallos disciplinarios proferidos en primera y segunda instancia, el 15 de mayo de 2015 por el Inspector Delgado Especial Policía Metropolitana de Bogotá y el 19 de octubre de 2016 proferida por el Inspector General de la Policía Nacional, dentro de la investigación identificada con el radicado RESBO-2015-14. Como consecuencia, ordenó a la Policía Nacional el reintegro del señor capitán Jhonnier Cardona Ramírez al grado que ostentaba y el reconocimiento y pago de la totalidad de los factores salariales y prestacionales dejados de devengar desde la fecha de retiro hasta el reintegro (folios 414 a 473)

**iii) Caso concreto.-** Del recuento del acervo probatorio se precisa que la presente litis se circunscribe a determinar la ocurrencia de los hechos acontecidos el 04 de abril de 2015, en el almacén Éxito del Centro Comercial Centro Mayor, en el que fue necesario la presencia policial debido a una serie de infracciones ocurridas dentro de dicho establecimiento comercial, entre ellos el hurto de una pestañina efectuado por la señora Emily Ramírez, quien se encontraba en compañía de su compañero permanente el señor patrullero Juan Pablo Londoño.

En consideración a la anterior situación el señor subteniente de la Policía Nacional Jhonatan José Scoppetta Santana, fue el encargado de atender el procedimiento de policía, y es justo de ese trámite donde se originaron los fallos disciplinarios que ocupan la atención de esta Sala.

El actor considera que en la expedición de los actos administrativos demandados, fallos de primera y segunda instancia dentro del proceso disciplinario N° RESBO-2015-14 seguido contra él, donde se le impuso una sanción consistente en destitución e inhabilidad general por el término de 11 años por encontrarlo disciplinariamente responsable de la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 (privar ilegalmente de la libertad a una persona), se incurrió en los siguientes cargos de nulidad i) violación al debido proceso; ii) violación al principio de legalidad y presunción de inocencia; iii) falsa motivación; vi) violación al principio de proporcionalidad; v) violación a la ley; y vi) error de hecho y de derecho.

### **i) Violación al debido proceso**

En cuanto a la violación al debido proceso el actor expuso que existió una indebida valoración probatoria, por cuanto solo se tuvo en cuenta la denuncia presentada por la joven Emily Ramírez Piñeros, sin tener pruebas idóneas, fehacientes, creíbles que den cuenta de la veracidad de los hechos que motivaron la investigación disciplinaria.

En consideración a lo anterior, la Sala precisa que aun cuando en este expediente no reposan los elementos materiales probatorios relativos a la investigación disciplinaria Nro. RESBO-2015-14, del análisis integral de los fallos de primera y segunda instancia emitidos por la Policía Nacional en contra del señor Jhonatan José Scoppetta Santana, se observan los medios probatorios tenidos en cuenta por esa autoridad administrativa para proferir las sanciones objeto de examen.

De las pruebas recopiladas en los procesos disciplinarios se resaltan i) la minuta de vigilancia aportada al expediente en la que se evidencia que el día y lugar de los hechos el señor Jhonatan José Scoppetta Santana prestaba tercer turno en la Estación de Policía Antonio Nariño; ii) testimonio de la señora Emily Ramírez, en la que narró todo lo relativo a los hechos ocurridos el 4 de abril de 2015, siendo ella la denunciante en este caso iii) declaraciones de los señores Christian Alfredo Ramos Diaz y Jhon Naranjo Naranjo, quienes conformaban el cuadrante 20 y estuvieron en el lugar de los hechos, en la que los dos narraron que su presencia obedeció a dos casos de policía relacionados con el hurto de mercancías, entre ellos, uno en el que una pareja se encontraba con unos guardas de seguridad del Éxito del Centro Comercial Centro Mayor, por hurtar una pestañina. Señalaron que el señor Juan Pablo Londoño aparente compañero permanente de la señora Emily Ramírez, se encontraba ofuscado y que el caso continuó con el subteniente Jhonatan Scoppetta por grado de

antigüedad; iv) declaración de Juan Pablo Londoño, en la que se evidencia que dicho patrullero en su calidad de compañero permanente de la denunciante le dijo al subteniente sancionado que ese procedimiento era ilegal, pero que este le respondió que el procedimiento ya no era con él, que la orden de traslado la había dado el capitán comandante de la estación v) grabación de radio Nro. 270296167, 270296219 del 04/04/2015, en el que el subteniente Scoppetta Santana consulta con la central si tienen UPJ para femenina, comunicación en la que la central le informó que sí; vi) declaración del intendente Ramiro Gamba Amador en calidad de conductor en el que se trasladó entre otras a la señora Emily Ramírez a la Estación Antonio Nariño, en la que relató que trasladó a dicha señora por orden del subteniente Jhonatan Scoppetta, la cual no opuso resistencia ni fue agresiva; vii) imágenes capturadas por diferentes cámaras de la Estación Antonio Nariño donde se observa el ingreso de la denunciante a la precitada estación, a eso de las 16:28 y su salida a las 17:23; viii) versión libre del señor Jhonatan José Scoppetta Santana; ix) declaraciones de algunos guardas de seguridad del Éxito, entre ellos del señor Jorge Edward Córdoba Pataquiva en su calidad de jefe de seguridad del almacén, el cual además de narrar lo sucedido frente al hurto de la pestañina, declaró que el subteniente Scoppetta le solicitó que colaborara para no judicializar a la señora Emily Ramírez, porque para ese día tenía escaso personal, por lo que el accedió a lo pedido y realizó los respectivos registros en los libros; x) declaración de Claudia Marcela Fuquene Mojica guarda de seguridad del Éxito, quien señaló que acompañó al señor Juan Pablo Londoño a pagar el elemento que se había hurtado su compañera, de acuerdo a lo que fue ordenado por el jefe de seguridad del almacén, quien además manifestó que el señor Londoño salió corriendo y la dejó con el dinero por salir a verificar la situación de su compañera.

Así las cosas, no es cierto como lo afirma el demandante que la única prueba que se tuvo en cuenta en el proceso disciplinario que se adelantó en su contra fuera la versión de la señora Emily Ramírez. Del precitado recuento probatorio tenido en cuenta por la Policía Nacional se desprende que fueron varios los elementos materiales probatorios que se analizaron para concluir que la actuación del demandante acarrearía la sanción impuesta.

Además, esta Colegiatura precisa que aun cuando no existiera la relación probatoria de los fallos acusados, las solas afirmaciones expuestas por el señor Jhonatan José Scoppetta Santana en su demanda, así como las pocas evidencias que reposan en el plenario serían suficientes para demostrar la configuración del cargo imputado al sancionado, esto es que fue

el quien ordenó a su conductor el traslado de la denunciante desde el lugar de los hechos hasta la Estación Antonio Nariño.

**ii) Violación al principio de legalidad y presunción de inocencia y iii) falsa motivación;**

Sobre la presunción de legalidad y presunción de inocencia expresó que el procedimiento seguido en el caso de la señora Emily Ramírez no fue ilegal sino que obedeció en primer lugar, al cumplimiento de la orden impartida, amparada en el principio de legalidad del Decreto 1355 de 1970, en cumplimiento de una orden del superior, que para ese caso era el comandante de la Estación Antonio Nariño el capitán Jhonnier Cardona Ramírez y en segundo lugar, para protegerla de su esposo el patrullero Juan Pablo Londoño Peña, quien estaba un poco disgustado.

En relación con la falsa motivación afirmó que los actos impugnados no contienen una motivación ajustada a la realidad, pues en la actuación disciplinaria no obra prueba para endilgarle responsabilidad en el cargo de privar ilegalmente de la libertad a una persona, porque en la investigación quedó demostrado que el traslado de la señorita Emily Ramírez a la Estación de Policía Antonio Nariño, fue atendida en cumplimiento de un deber legal, por la orden emitida por el comandante de la estación (e) que fue quien aplicó la retención transitoria, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social e individual.

En consideración a los dos cargos planteados, se tiene que como dentro del expediente disciplinario están acreditados los hechos relativos al hurto de una pestañina por parte de la señora Emily Ramírez y su conducción y estadía temporal en la Estación de Policía Antonio Nariño por parte del subteniente demandante, la Sala pasa a verificar si se observaron los trámites legales establecidos para la conducción y retención de personas, así sea por corto tiempo.

Al respecto se tiene que la Resolución 00912 del 1 de abril de 2009 «Por la cual se expide el reglamento del servicio de policía» emitida por el director general de la Policía Nacional, contempló en sus artículos 159 a 164 lo siguiente:

*«Artículo 159. Libro Control de Denuncias Documento público destinado a la radicación y control de denuncias recepcionadas por las unidades de Policía. Debe ser diligenciado según las formalidades de ley vigentes y personalmente por el responsable de la sala de denuncias o quien haga sus veces.*

*Artículo 160. Libro de Minuta de Vigilancia Es un documento público donde se relaciona el personal que sale al servicio, indicando el grado, nombres y apellidos, citando el lugar de servicio, placa de identificación policial, arma de dotación, así como las instrucciones impartidas por el Comandante y demás elementos necesarios para el servicio. Debe ser diligenciado personalmente por el Comandante del servicio según las formalidades de ley vigentes.*

*Artículo 161. Libro de Población Documento público que debe diligenciar el Comandante de servicio de guardia de la unidad, de acuerdo con la ocurrencia de los motivos de policía que se hayan presentado durante el servicio. Estos se consignan de manera estricta, cronológica y veraz. Debe ser diligenciado personalmente por el Comandante del servicio de guardia, según las formalidades de ley vigentes.*

*Artículo 162. Libro de Actas Policiales Documento público en el cual se registran las actas de la instrucción impartida sobre temas de interés institucional y consignas para el servicio de policía. Debe ser diligenciado personalmente por el Comandante de la unidad policial, según las formalidades de ley vigentes.*

*Artículo 163. Libro de Atención al Ciudadano Documento público en el cual se registran las quejas, reclamos y sugerencias por parte de la ciudadanía sobre la actuación de los funcionarios públicos. Debe ser diligenciado personalmente por el responsable de la Oficina de Atención al Ciudadano o quien haga sus veces, según las formalidades de ley vigentes.*

*Artículo 164. Libro de Minuta de Guardia Es un documento público en el cual se registran las novedades de personal y administrativas de incidencia policial y las revistas de control efectuadas por superiores policiales con atribuciones para ello. Debe ser diligenciado personalmente por el Comandante del servicio de guardia, según las formalidades de ley vigentes.»*

En estas circunstancias, el reglamento de servicio de policía exige el diligenciamiento de los libros de control de denuncias, de minuta de vigilancia, de población, que debe diligenciar el comandante de servicio de guardia de la unidad, y el de minuta de guardia, de acuerdo con la ocurrencia de los motivos de policía que se hayan presentado durante el servicio.

Así pues, se encuentran una serie de irregularidades en torno al procedimiento adelantado por el oficial, ya que es claro que el realizó el traslado de la denunciante a la estación de policía, pero omitió el trámite propio del servicio que realizaba.

Tampoco aparece prueba alguna de que el disciplinado hubiera hecho alguna gestión para cerciorarse de la conducción de la aprehendida en forma inmediata o en el término de la distancia ante la fiscalía correspondiente, como lo ordena el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, sino que por el contrario se evidenció que el mismo policial

le solicitó al jefe de seguridad del almacén que le colaborara para no judicializar a la transgresora, petición que fue atendida de manera favorable permitiéndose el pago del producto hurtado, zanjándose con ello cualquier discusión en torno a una eventual judicialización.

Solo aparece acreditado que el oficial se comunicó con la central a fin de informarse sobre una UPJ de femeninas, lo que en principio indicaría que la intención era adelantar el trámite de judicialización, pero luego cuando logra la conciliación del producto hurtado y aun así desplaza hasta la estación de policía a la transgresora, se pierde la congruencia de su procedimiento, generando con su actuar la configuración de la falta gravísima consistente en «*Privar ilegalmente de la libertad a una persona [...]*».

Lo anterior, toda vez que no existían razones para dicho traslado, el jefe del almacén Éxito de Centro Mayor ya había accedido por petición del oficial a permitir el pago del elemento hurtado a fin de no judicializar a la infractora, aspecto que no solo desdibuja el traslado de la señora Ramírez a la Estación Antonio Nariño sino también a una UPJ, ya que al conciliarse el hurto no existía denuncia y al ser este un delito querellable no había razones que justificaran el traslado de la denunciante, mucho menos a una estación de policía, ya que el proceso correcto en caso de judicialización es conducir a la persona aprendida a una UPJ.

En ese orden de ideas, no prospera ninguno de los dos cargos planteados por el demandante el primero porque no es cierto que la actuación del actor estuviese amparada en una orden legal de su superior, ya que si bien es cierto, que dentro del plenario se logró demostrar que el comandante encargado de la Estación Antonio Nariño fue quien dio la orden de trasladar a la señora Emily Ramírez, también lo es, que el artículo 26 de la Ley 1015 de 2006 «*Por medio de la cual se expide el régimen disciplinario para la Policía Nacional*» en lo relativo a la emisión de órdenes dispuso que «*[...] la orden es ilegítima cuando excede los límites de la competencia o conduce manifiestamente a la violación de la Constitución política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.*», asunto este, que conforme se expuso ampliamente líneas atrás fue ilegal, ya que no existía ninguna razón para detener a la denunciante, comoquiera que no era dable realizar un proceso de judicialización por el hurto de la pestañina, por cuanto dicha contravención había sido conciliada.

Ahora bien, frente a la segunda y tercera hipótesis planteada por el oficial sancionado referente a que trasladó a su denunciante a la estación de policía para protegerla de su esposo

el patrullero Juan Pablo Londoño Peña, quien estaba un poco disgustado y en relación con la retención transitoria, como medida correctiva, consistente en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social e individual, tampoco se aceptan dichas argumentaciones, toda vez que de un lado, de haberse tratado de proteger a la víctima de su compañero permanente, lo correcto hubiese sido desplazar al señor Juan Pablo Londoño Peña a la estación por ser aparentemente la persona alterada, exaltada y no a ella y por otro lado, si la intención era mantener una persona por 24 horas en una estación de policía en respuesta a una contravención, lo lógico era que se hubiera diligenciado todas las minutas correspondientes al procedimiento adelantado de conformidad con las previsiones establecidas en los artículos 159 a 164 de la Resolución 00912 del 1 de abril de 2009 «*Por la cual se expide el reglamento del servicio de policía*», piezas probatorias de las cual adolece este proceso.

Por otra parte, en cuanto a que la denunciante lo acompañó de manera voluntaria es un asunto que tampoco puede resolverse a favor del investigado, comoquiera que no hay pruebas de que a la infractora se le hubiera explicado que no se le iba adelantar ningún proceso de judicialización y por el contrario si se corroboró que esta fue desplazada en un carro oficial de la policía en la parte de atrás (jaula), donde se transporta los capturados y que cuando llegó a la estación fue conducida por el subteniente Scoppetta hasta la oficina del comandante de la estación.

Por este motivo, las alegaciones referentes a que el traslado fue voluntario, a que no fue esposada, ni mostró resistencia pierden consistencia, toda vez que según las declaraciones de la misma denunciante ella quería hablar con el capitán para que la ayudara a resolver su situación judicial, pero de haberse enterado que ya no se iba a realizar la judicialización, por simple lógica no hubiera tenido la necesidad de buscar esa presunta ayuda. Además el compañero permanente de la denunciante le advirtió al oficial sobre la ilegalidad del procedimiento de detención y aun así este insistió en cumplir la orden.

En ese orden, tampoco se comparte la apreciación de la parte actora en lo referente a la falta de práctica del testimonio de la señora Karen Viviana Clavijo Gaviria, ya que conforme a lo expuesto por el mismo actor, el despacho la citó en dos ocasiones, en una oportunidad no asistió y en la otra llegó tarde, aspectos que lejos de desacreditar la falta de actuación de la entidad demandada, demuestra la falta de diligencia de la defensa. Aunado a ello esta Sala

observa que con las piezas procesales tenidas en cuenta en los fallos disciplinarios o incluso sin ellas es clara la responsabilidad del actor.

De hecho se resalta, que en varios de los cargos de nulidad planteados en el libelo y en el transcurso del proceso disciplinario el demandante cambió en diversas oportunidades la traducción de los hechos objeto de este proceso, versiones que la Sala resume en que el traslado de la señora Emily Ramírez se llevó a cabo i) por orden de su superior; ii) por protegerla de su pareja sentimental que se encontraba ofuscado; iii) como medida preventiva empleando una detención transitoria de 24 horas en la estación; y iv) que no fue detenida sino trasladada por voluntad de la víctima porque ella quería hablar con el capitán. Tesis todas estas que fueron desvirtuadas, por cuanto con cualquiera de ellas debía agotarse el procedimiento pertinente al tipo de servicio prestado acatando el reglamento policial.

Por todo lo expuesto, como no fue seguido el procedimiento formal que debe observarse cuando se trata de privación de la libertad de una persona, así sea temporalmente, y por el contrario quedo probado los hechos y las circunstancias relativas a la interceptación de la señora Emily Ramírez, su retención, transporte en la jaula de la patrulla, conducción y permanencia por un periodo aproximado de una hora en la Estación de Policía Antonio Nariño, sin los registros, ni soportes que debieron ser diligenciados para el cabal respeto de sus derechos y sin la oportunidad de ejercer los derechos del capturado, por corta que hubiera sido su retención, la Sala arriba a la conclusión de que las irregularidades procesales desplegadas por parte del oficial Jhonatan José Scoppetta Santana, desencadenaron en la configuración de la falta gravísima denominada privación ilegal de la libertad de una persona.

#### **vi) Violación al principio de proporcionalidad;**

En la sustentación de este cargo el demandante presentó razones de inconformidad relativas a la precaria valoración probatorio, pero como este aspecto ya fue estudiado en el primer cargo relacionado con la violación al debido proceso, la Sala no se pronunciará nuevamente sobre lo mismo.

De otra parte, el demandante señaló que existía una desproporción en la sanción que implicó una violación al artículo 18 del C.D.U., y un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad consistente en la infracción de

las normas superiores que gobiernan los actos administrativos sancionatorios demandados.

En ese sentido vale precisar que el artículo 18 de la Ley 734 de 2002 al que alude el actor, hace referencia a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida.

Respecto al principio de la proporcionalidad, en sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016<sup>7</sup>, se indicó:

«[...]

*Se hace una especial referencia al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18 de la Ley 734, según el cual, la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley. En los casos en que el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez de lo contencioso administrativo dará aplicación al inciso 3.º del artículo 187 del CPACA39 que permite “[...] estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas [...]”.*

*El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]”<sup>40</sup>, lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]”<sup>8</sup>.*

*Ahora bien, cuando el particular demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatoria, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”.*

Se tiene que no es lo mismo, calificar una conducta como grave o dolosa cuando del material probatorio se logra establecer que la persona no originó la realización del verbo rector intencionalmente, pues en algunos casos se materializan acciones que tuvieron un resultado que la persona no quería que se realizara, por lo que es verdaderamente importante proporcionar la sanción de conformidad al querer y la intensión de la realización de la conducta.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A», sentencia del 9 de agosto de 2016, C.P. William Hernández Gómez, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, expediente número: 110010325000201100316 00.

<sup>8</sup> Derecho Administrativo Sancionador, A. Nieto García, Madrid, 2002, pág. 214, citado por Ramírez Escudero pág. 95.

En sentencia más reciente del 31 de enero de 2019, el Consejo de Estado, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, radicado: 110010325000201100611-00 (2364-11), determinó:

**«Principio de proporcionalidad**

*En el derecho disciplinario por ser parte del derecho sancionador, la autoridad disciplinaria debe someterse al principio de proporcionalidad al momento de sancionar a un servidor público responsable de incurrir en una conducta disciplinariamente reprochable, so pena de quebrantar el debido proceso de este.*

*Dicho principio se encuentra regulado en el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, norma que dispone: «La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley».*

*De esta manera, el principio de proporcionalidad manda que la sanción aplicada debe: i) corresponder con la gravedad de la falta fijada según los parámetros del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, esto es, teniendo en cuenta el grado de afectación causado sobre los deberes, los fines del Estado y los principios constitucionales de la función pública, el grado de culpabilidad<sup>9</sup>, etcétera, y, ii) la autoridad disciplinaria debe graduar la sanción conforme con los criterios establecidos los artículos 44 y 47 ibidem.*

*El principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado, coadyuvado y limitado por el principio de culpabilidad, puesto que la determinación de si la conducta disciplinable se hizo a título de dolo o culpa, implica una variación sustancial de la pena<sup>10</sup>.*

*Así las cosas, el principio de proporcionalidad constituye un límite a la sanción disciplinaria que implica que esta no puede ser excesiva ni tampoco insuficiente, debiendo por tanto imponerse de acuerdo con los parámetros fijados por el legislador».*

Aduce el alto tribunal que la sanción debe ser proporcional a la falta cometida, resaltando que hay que establecer el título de la conducta en dolosa o culposa, pues de ahí se determina la gravedad de esta, y es donde se puede determinar la tasación de la sanción, si se encuentra que fue realizada con voluntad o por descuido en sus funciones o en su actividad diaria.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 5 de julio de 2018. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación: 1651-13. Actor: Jonattan Andrés Garzón Osorio. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional. Se puede consultar igualmente la sentencia C-721 del 25 de noviembre de 2015 de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 0833-10. Sentencia del 7 de febrero de 2013. Consejero ponente: Víctor Hemando Alvarado Ardila. Actor: María Mercedes Guzmán Oliveros. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.

En resumen, como se podría decir que la calificación de la conducta es dolosa, cuando no encuadra con lo que verdaderamente ocurrió. En el caso concreto del demandante debe atenderse que aun cuando quedo demostrado que incurrió en una irregularidad procesal que acarreo la configuración de una causal de falta gravísima como lo fue la privación ilegal de la libertad de una persona, no puede pasarse por alto que el traslado de la señora Emily Ramírez a la Estación de Policía se dio por orden de un superior del sancionado, aspecto que si bien no logra quitar la falta (por haber sido ilegal), si debió ser tomada en cuenta por parte del fallador en el análisis de la culpabilidad.

En este caso el oficial sancionado actuó creyendo que se encontraba amparado por un eximente de responsabilidad, fundado en el principio de legalidad del Decreto 1355 de 1970, en cumplimiento de una orden del superior, como lo era el entonces comandante de la estación Antonio Nariño capitán Jhonniier Cardona Ramírez, asunto probatorio del que no existe duda en la investigación disciplinaria, ya que ese hecho fue reconocido por varios uniformados entre ellos el propio capitán Cardona. Por tanto, no debe perderse de vista que no existió un actuar caprichoso ni voluntario por parte del actor, sino que en un descuido del procedimiento correcto cumplió la orden de traslado sin prever que la misma no era legal ya que desbordaba las previsiones legales de una detención.

Sin embargo, esto no da para que la conducta sea tipificada como dolosa, toda vez que se necesita el conocimiento y la voluntad de la persona para que se configure, y el demandante aduce que lo hizo en cumplimiento de una orden del superior y con la intención de proteger a la mujer de la furia de su compañero.

**v) violación a la ley y vi) error de hecho y de derecho.**

Concluyó que existieron irregularidades que vician de forma y fondo los cargos pues i) no se valoró el material probatorio, ii) no se determinó la conducta específica que cometió, iii) no se indicaron las normas vulneradas, iv) no estuvo suficientemente motivado ni se determinó la gravedad de la falta.

Sobre las alegaciones planteadas por el actor en estos cargos, se aclara que la gran mayoría de aspectos ya fueron estudiados en otros cargos donde se plantearon los mismos argumentos, quedando solo pendiente por analizar lo concerniente a la gravedad de la falta, asunto que complementa el estudio de la proporcionalidad antes expuesto.

Al respecto, se tiene que la Ley 734 de 2002 no define el concepto de dolo, sin embargo, en materia penal se ha reiterado que es el conocimiento y la voluntad de la persona al realizar la conducta, y tiene plena certeza de que con su actuar está materializando de forma voluntaria la acción. El Consejo de Estado ha indicado que<sup>11</sup> *«el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado»*.

El párrafo del artículo 44 *ibidem* indica que: i) la culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones; ii) gravísima *«cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento»*.

La Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, sobre el tema indicó que *«se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñar la labor encomendada decide no hacerlo»*.

Frente a este asunto, la Sala considera que del estudio de todo lo acontecido se puede inferir que el subteniente sancionado actuó por orden de su superior, tal vez convencido de que su procedimiento era el correcto, sin embargo no puede pasarse por alto que estas actuaciones se encuentran debidamente regladas y que es obligación de los miembros de la fuerza pública acatarlos, por tanto, no es dable obviar los trámites propios del servicio policial, máxime cuando con ello se involucran derechos fundamentales de los ciudadanos como lo es la locomoción. Así pues, se encuentra acreditado que si se configuró la falta disciplinaria descrita en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, no obstante, debe atenderse que existieron razones diferentes a su voluntad para realizar el traslado de la denunciante a la estación de policía, como obedecer a su superior, aspecto que como se dijo líneas atrás no borra la configuración de la falta, pero si incide en la modalidad de su conducta la cual en este caso se desarrolló con culpa gravísima, debido a la inobservancia de normas de obligatorio cumplimiento.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de enero de 2015. Consejera ponente: Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Radicación: 0449-13. Actor: Dora Nelly Sarria Vergara. Demandado: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial DEAJ - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Silvia.

Con relación a la calificación de la conducta, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 31 de enero de 2018, magistrada ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el proceso radicado N° 17001-23-33-000-2014-00032-01, donde se trae a colación un cuadro que sintetiza las modalidades de dolo, culpa gravísima y culpa grave en materia disciplinaria:

FORMA DE CULPABILIDAD	DESCRIPCIÓN	SUSTENBTO JURÍDICO
1, Dolo	conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización. (conocimiento y voluntad)	Artículo 22 de la Ley 599 de 2000 - Código penal
2, Culpa Gravísima	Ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento	Ley 734 de 2002, artículo 44, párrafo
3, Culpa grave	Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones	Ley 734 de 2002, artículo 44, párrafo

Así las cosas, la Sala encuentra que esta conducta no se realizó a título de dolo, por lo que se estudiará la norma para verificar la dosificación de la sanción:

**«ARTÍCULO 39. CLASES DE SANCIONES Y SUS LÍMITES.** Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:

**1. Para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.**

2. Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, Suspensión e Inhabilidad Especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.

3. Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, Suspensión e Inhabilidad Especial entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.

4. Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.

5. Para las faltas leves culposas, Amonestación Escrita». (Resaltado fuera de texto)

En ese orden, teniendo en cuenta el principio rector en materia disciplinaria de la proporcionalidad de la sanción, esta Sala considera que la conducta del actor se debe calificar

como falta gravísima realizada con culpa gravísima, por no cumplir a cabalidad con funciones propias de su cargo, y haber adelantado un procedimiento sin las formalidades exigidas en ese caso, llevando detenida a una persona sin que existiera una razón justificada para ello, con violación manifiesta de normas de obligatorio cumplimiento.

Lo anterior, por cuanto la falta por la que fue sancionado el demandante se encuentra descrita en el artículo 34 Nro. 1º de la Ley 1015 de 2006, vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, así:

*«34. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

*1. Privar ilegalmente de la libertad a una persona o demorar injustificadamente la conducción de la misma ante la autoridad competente. [...]»*

Es decir, que la falta fue catalogada por el legislador como gravísima y la modalidad de su actuación se encuentra catalogada no como dolo porque no se evidencia la configuración del elemento volitivo, pero si como falta gravísima por desatención elemental y violación a las normas de obligatorio cumplimiento, como en este caso lo fue el reglamento de servicio policial.

Ahora bien, del análisis de la sanción impuesta y la graduación de esta se desprende que no existe una diferencia en cuanto a la tasación de la sanción, ya que conforme al ordenamiento jurídico al que se hizo referencia líneas atrás, se aplica la misma sanción a las faltas gravísimas cometidas con dolo o con culpa gravísima, y como en este caso la actuación del uniformado fue catalogada por la autoridad administrativa como falta gravísima con dolo y por esta Sala de Decisión como falta gravísima cometida con culpa gravísima se tiene que en nada cambia la sanción impuesta, es decir se mantiene la sanción de entre 10 a 20 años de destitución e inhabilidad.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del 17 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>12</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia del 17 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Jhonatan José Scoppetta Santana contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo. - Ejecutoriada** esta providencia, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

LC



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2017-00372-01  
Demandante : **Clara Cecilia Colmenares Camargo y otros**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reintegro de mesadas adicionales en pensión de jubilación docente

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (fs. 28 a 286), contra la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **accedió parcialmente** a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 258 a 264).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 178 a 187). La señora Clara Cecilia Colmenares Camargo y otros<sup>1</sup>, a través de apoderado, acudieron ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que: **i)** se declare la configuración del acto ficto presunto negativo que se generó por el silencio de la administración a la petición elevada el 23 de septiembre de 2014; y **ii)** se declare la nulidad del acto ficto o presunto, mediante el cual se negó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los demandantes.

---

<sup>1</sup> Apolinar Vuelvas Ortiz, Carlota Isabel García López, María Ofelia Jaramillo de Cárdenas, Dioselina Álvarez de Revelo, Luz Marina Castellanos Buitrago, Luis Rafael Páez Rodríguez Chivata, María Isabel Rodríguez Beltrán, María Elvira Blanco, Gladys Ardila de González, Miryam Bernal Bonel, María Victoria Dulce Moreno, María Luisa Martín Reyes, Lucy Phillis Ariza, Rosalba Marín Agudelo, Ruby Esther Pérez Armenta, Janeth Alejandrina Martínez Mondragón y Rosalba Roja Cortés.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitaron que se condene a la entidad demandada a: **i)** reintegrar **todos** «los descuentos adicionales del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descontados en las mesadas pensionales en adelante, hasta el pago efectivo de la sentencia»; **ii)** suspender los mencionados descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia y en adelante; **iii)** reajustar las diferencias solicitadas; **iv)** indexar el valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; **v)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 188, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y **iv)** pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** – La demandante como soporte del presente medio de control relató lo siguiente:

Los demandantes laboraron como docentes en la Secretaría de Educación de Bogotá; después de cumplir los requisitos les fue reconocida la pensión de jubilación, por parte de la entidad.

La Fiduprevisora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante la Secretaría de Educación de Bogotá asumió el descuento y pago de las deducciones en salud correspondientes al 12% sobre las mesadas pensionales, de junio y diciembre.

El 23 de septiembre de 2014, se elevó petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá, solicitando el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Ante la petición anterior, la entidad demandada no emitió respuesta, configurándose así el silencio administrativo negativo.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.-** La parte demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2°, 4°, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53

inciso 3°, y 58 de la Constitución Política, Ley 6ª de 1945, Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969; Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2003, 81 de la Ley 812 de 2003, 1250 de 2008; 10 del Código Civil.

La Fiduciaria la Previsora en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, abusó de su competencia discrecional al efectuar descuentos del 12% en salud, desde que se le reconoció la pensión, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Respecto a la jurisprudencia proferida referente al tema, señaló que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria la Previsora S.A. a realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes por lo tanto, su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la ley, al mantener la decisión de aplicar sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descuentos no permitidos por la ley.

Expresó que la responsabilidad del reintegro y suspensión de los descuentos en salud realizados a las mesadas adicionales recae en la Nación – Ministerio de Educación Nacional (quien actúa por intermedio de las Secretarías de Educación) y como quiera que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la encargada de manejar los fondos o recursos del Magisterio, quien goza de personería jurídica es el Ministerio de Educación Nacional.

El acto administrativo ficto que se está enjuiciando desconoce e interpreta de manera errónea las normas que regulan el tema de los descuentos de salud, toda vez que actualmente no hay norma legal que faculte hacerlos. En ese orden, la entidad accionada debe reintegrar los descuentos del 12% efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 209 a 264). Mediante escrito de 4 de julio de 2018, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dio contestación a la demanda, donde se opuso a las pretensiones presentadas al indicar que la entidad actuó en derecho al efectuar los descuentos en salud, toda vez que lo hizo en virtud de lo establecido en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

Norma que consagra el deber del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de deducir el 5% de las mesadas adicionales de junio y diciembre que perciben los docentes, concepto que ha confirmado la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde quedó clara la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 797 de 2003.

Las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, dado que dentro de los pilares constitucionales que sustentan la materia pensional se encuentra el principio de la solidaridad, el cual debe tener en cuenta quienes tienen la capacidad contributiva, para con los que carecen de ella y procurar a partir de allí la cobertura universal de este importante derecho a la seguridad social.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de abril de 2019 (fs. 258 a 264), accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda por considerar que:

La entidad demandada ha desatendido la normatividad aplicable en cuanto al descuento de mesadas adicionales, desconociendo la prohibición de la Ley 42 de 1982 que proscribió que no es posible hacer esos descuentos adicionales. Atender la posición del Ministerio de Educación sería desconocer el principio de regresividad y tener un trato discriminatorio sin fundamento, con las personas que ingresaron con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

No encuentra ese despacho que la decisión desconozca la Sentencia C-369 de 2004 la cual se ocupó de estudiar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que incrementó la cotización en salud, a los pensionados del Fondo Pensional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisamente porque se encontró ajustada a la norma.

Considera el *a quo* que con esa actuación la entidad está desconociendo el principio de la no regresividad y hace un trato discriminatorio sin fundamento, toda vez que la entidad no debió realizar el descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre recibidas por los

demandantes, ya que no existe norma que autorice el descuento. Por lo que esa instancia dispuso se realizará el reintegro de tales descuentos y ordenó que no se continuara efectuando.

Al estudiar la prescripción la declaró probada, en relación con el pago causado con anterioridad al 23 de septiembre de 2011.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que, la entidad está facultada para hacer los respectivos descuentos, resaltando que en la jurisprudencia proferida por las altas cortes, se ha indicado que la Ley 812 de 2003 (la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG), conlleva que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, esto no implica que el descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario, la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en el artículo 8° faculta a FONMAG para dicho trámite.

Postura que va ligada con lo contemplado en el principio constitucional de solidaridad el cual está plasmado en el preámbulo de la Constitución Política al indicar que: «[...] Colombia es un estado Social de Derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general [...]».

### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

---

<sup>2</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a los docentes aquí demandantes les asiste derecho, o no, para reclamar de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y devolución de los descuentos de salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia que **accedió** parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de acceder al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los demandantes, en el entendido de que con la expedición de la Ley 812 de 2003 fue derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por tanto, a partir de la expedición de dicha norma no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco Jurídico.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes. No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que dispone:

*«ARTÍCULO 279. Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de [...]. Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]».* (Resalta y subraya la Sala).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 3° la suscripción de un contrato de fiducia mercantil

para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo texto dispone:

*«Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional».*

Para tal efecto, dicho contrato se celebró con la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta<sup>3</sup> de carácter indirecto y del orden nacional. Sobre la naturaleza de la mencionada entidad fiduciaria la honorable Corte Constitucional, mediante C-783 de 13 de octubre de 1993, enseña:

«[...]

*En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 1984<sup>4</sup> y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>5</sup>, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.*

[...]

*Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera.*

---

<sup>3</sup> Art. 464 del Código del Comercio. - Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%.) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.

<sup>4</sup> «Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento», dictado por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13, numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

<sup>5</sup> «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

*Precisamente, por ser esta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

[...]

*Como objeto de la sociedad figura ‘...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores.’ (Estatutos Sociales, art. 5o.).*

*El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al ‘a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.’*

*Ese mismo artículo 6o. de los Estatutos Sociales, le permite ‘[...] realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social [...]’. (Subraya la Sala).*

*Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que, en desarrollo de su objeto social, **le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.***

[...]».

Por otro lado, en cuanto a quién debe comparecer en juicio en los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 23 de mayo de 2002, radicado 1423, consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, precisó:

«[...]

*La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80 de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num.*

5° inc. 7<sup>6</sup>), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales (artículo 41, parágrafo 2° inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.

Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.

Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual “manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado». Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.

Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.

En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

El artículo 1234 del código citado estatuye que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: [...] 4 Llevar

---

<sup>6</sup> «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley».

*la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

*De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón<sup>7</sup>, que “los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente - oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos “derechos reconocidos por la ley sustancial.*

[...]

### **1.3**

#### **El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.**

*La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

*El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

*El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.*

*La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega. “El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales”.*

*De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de*

---

<sup>7</sup> Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42.

*navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.*

*En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

*Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.*

[...]».

De conformidad con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá actuar en los procesos en los que se solicite el reconocimiento de derechos pensionales, mientras que la Fiduciaria La Previsora SA ejercerá la representación de dicha entidad en los asuntos relacionados con el pago de beneficios ya adquiridos.

Precisado lo anterior, los artículos 50<sup>8</sup> y 142<sup>9</sup> de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, discurrió así:

«[...]

---

<sup>8</sup> «MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión».

<sup>9</sup> «MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996. PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual” (las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994).~~

*En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-*

*El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.*

*Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.*

*Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cubre a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales».*

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>10</sup>, 732 de 1976<sup>11</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

---

<sup>10</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2°:

*«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).*

*Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».*

**PARÁGRAFO.** *Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».*

<sup>11</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

*«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:*

*1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*

*2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria [...].».*

3. *Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

1. *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
2. *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
3. *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
4. *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
5. ***El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negritas fuera de texto).*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>12</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización [...]»<sup>13</sup>.*

---

<sup>12</sup> La Ley 1122 de 2007, «*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*», en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero puntos cinco por ciento (0,5%).

<sup>13</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

[...]

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

***Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales»*** (negrillas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>14</sup>, preceptúa:

**«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.**

[...]

---

<sup>14</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>15</sup>.*

En consecuencia, la Sala observa que si bien es cierto el numeral 5 del artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**De lo probado en el proceso.** - Respecto de la contienda sometida a juzgamiento, obran en el plenario los siguientes documentos que prestan mérito probatorio y resultan relevantes en punto a la resolución del problema jurídico planteado:

- a) Derecho de petición de 23 de agosto de 2011, elevada por los demandantes ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá, proferida por el subsecretario administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., donde solicitan el reintegro del pago efectivo de todos los descuentos del 5%, 12% y 12.5% o cualquier otro porcentaje en salud, desde el reconocimiento de la pensión, sobre las mesadas adicionales que se efectuaron en junio y diciembre (fs. 20 a 24).
- b) Resolución 854 de 29 de junio de 1993 mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora Clara Cecilia Colmenares de Paredes, a partir del 17 de enero de 1992 (f. 27 y 28).
- c) Comprobantes de pago de la señora Clara Cecilia Colmenares, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 30 y 31).
- d) Resolución 02171 de 13 de mayo de 2004 mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación al docente Apolinar Buelvas Ortiz, a partir del 1° de febrero de 2003 (fs. 34 y 35).

- e) Comprobantes de pago del señor Apolinar Buelvas Ortiz, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (f. 36).
  
- f) Resolución 1042 de 26 de febrero de 2007, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Carlota Isabel García López, a partir del 3 de diciembre de 2005 (fs. 40 a 43).
  
- g) Comprobantes de pago de la señora Carlota Isabel García López, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 44 a 48).
  
- h) Resolución 3108 de 29 de diciembre de 1998, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente María Ofelia Jaramillo de Cárdenas, a partir del 1° de junio de 1997 (fs. 51 y 52).
  
- i) Comprobantes de pago de la señora María Ofelia Jaramillo, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en el mes de junio (fs. 53 y 54).
  
- j) Resolución 00635 de 6 de abril de 1997, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Dioselina Álvarez de Revelo, a partir del 7 de septiembre de 1996 (fs. 57 a 58).
  
- k) Comprobantes de pago de la señora Dioselina Álvarez de Revelo, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 61 y 62).
  
- l) Resolución 01723 de 14 de mayo de 2003, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Luz Marina Castellanos Buitrago, a partir del 31 de diciembre de 2002 (fs. 65 y 66).

- m) Comprobantes de pago de la señora Luz Marina Castellanos Buitrago, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 67).
- n) Resolución 003387 de 24 de mayo de 2008, en la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación al docente Luis Rafael Páez Villamil, a partir del 16 de marzo de 1996 (fs. 71 y 72).
- o) Comprobantes de pago del señor Luis Rafael Páez Villamil, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 73).
- p) Resolución 4142 de 1° de septiembre de 2010, a través de la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Olga Lucero Rodríguez Chivata, a partir del 12 de julio de 2010 (fs. 75 a 77).
- q) Comprobantes de pago de la señora Olga Lucero Rodríguez Chivata, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 78 a 79).
- r) Resolución 0905 de 31 de enero de 2012, donde la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente María Isabel Rodríguez Beltrán, a partir del 16 de septiembre de 2011 (fs. 82 a 84).
- s) Comprobantes de pago de la señora María Isabel Rodríguez Beltrán, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 85).
- t) Resolución 00774 de 18 de febrero de 2002, en la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente María Elvira Blanco de Quevedo, a partir del 10 de marzo de 2000 (fs. 88 y 89).
- u) Comprobantes de pago de la señora María Elvira Blanco de Quevedo, en los que consta

que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 90 y 91).

- v) Resolución 1125 de 15 de marzo de 2016, a través de la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Gladys Ardila de González, a partir del 7 de septiembre de 2009 (fs. 94 a 96).
- w) Comprobantes de pago de la señora Gladys Ardila de González, donde se observa que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 98).
- x) Resolución 00465 de 4 de marzo de 2005, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Miryam Bernal Bonell, a partir del 9 de noviembre de 2004 (fs. 94 a 96).
- y) Comprobantes de pago de la señora Miryam Bernal Bonell, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 103 y 104).
- z) Resolución 000213 de 25 de enero de 2000, en la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente María Victoria Dulce Moreno, a partir del 8 de octubre de 1999 (fs. 94 a 96).
- aa) Comprobantes de pago de la señora María Victoria Dulce Moreno, donde se observa que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 110 a 112).
- bb) Resolución 07078 de 26 de diciembre de 2008, a través de la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente María Luisa Martín Reyes, a partir del 19 de mayo de 2008 (fs. 115 a 117).
- cc) Comprobantes de pago de la señora María Luisa Martín Reyes, en los que consta que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre

(que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 118 y 119).

- dd) Resolución 0278 de 2 de mayo de 2006, en la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Lucy Phillis Ariza Ramírez, a partir del 5 de septiembre de 2005 (fs. 122 a 126).
- ee) Comprobantes de pago de la señora Lucy Phillis Ariza Ramírez, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 127).
- ff) Resolución 01929 de 7 de julio de 2005, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Rosalba Marín Agudelo, a partir del 23 de julio de 2004 (fs. 130 a 132).
- gg) Comprobantes de pago de la señora Rosalba Marín Agudelo, donde se observa que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibidas en los meses de junio y noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 133 y 134).
- hh) Resolución 3360 de 22 de junio de 2011, a través de la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Ruby Esther Pérez Armenta, a partir del 8 de julio de 2010 (fs. 137 a 139).
- ii) Comprobantes de pago de la señora Ruby Esther Pérez Armenta, donde se evidencia que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 141 a 142).
- jj) Resolución 1725 de 3 de mayo de 2003, mediante la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Yaneth Alejandrina Martínez Mondragón, a partir del 15 de noviembre de 2005 (fs. 145 a 147).
- kk) Comprobantes de pago de la señora Yaneth Alejandrina Martínez, donde se avizora que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 149 a 152).

ll) Resolución 0779 de 17 de marzo de 2011, en la cual la entidad demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la docente Rosalba Rojas Cortes, a partir del 14 de enero de 2009 (fs. 156 a 158).

mm) Comprobantes de pago de la señora Rosalba Rojas Cortes, donde consta que se le realizaron descuentos de las mesadas adicionales percibida en el mes de noviembre (que corresponde a la mesada adicional de diciembre) (fs. 159 y 160).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que los accionantes presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de que se declare la configuración del acto ficto negativo por la no respuesta de la administración a la petición elevada el 23 de septiembre de 2014, y la posterior nulidad del mencionado acto administrativo que negó el reintegro y suspensión de los descuentos de salud del 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitaron se reintegrara el valor correspondiente al 12% de los descuentos para salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (según sea el caso) con los respectivos ajustes de ley, además que se suspendan los descuentos.

En primer lugar, se precisa que dentro del plenario existe prueba de que los demandantes presentaron derecho de petición ante la entidad accionada solicitando la suspensión y reintegro de las mesadas adicionales y que esta no dio respuesta, por lo que es evidente la configuración del silencio administrativo.

Adentrándonos al caso concreto la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a los accionantes, así:

Demandante	A.A. reconoce pensión	Fecha de status pensional
------------	-----------------------	---------------------------

Clara Cecilia Colmenares Camargo	Resolución 854 de 29/jun/93	16/ene/92
Apolinar Vuelvas Ortiz	Resolución 02171 de 12/may/04	30/ene/03
Carlota Isabel García López	Resolución 001042 de 26/feb/07	2/dic/05
María Ofelia Jaramillo de Cárdenas	Resolución 003108 de 29/dic/98	30/abr/97
Dioselina Álvarez de Arévalo	Resolución 0635 de 3/abr/97	6/sept/96
Luz Marina Castellanos Buitrago	Resolución 01723 de 14/may/03	31/dic/02
Luis Rafael Páez Villamil	Resolución 03387 de 24/may/06	15/mar/96
Olga Lucero Rodríguez Chivata	Resolución 4142 de 1/sept/10	10/jun/10
María Isabel Rodríguez Beltrán	Resolución 0905 de 31/ene/12	29/jul/11
María Elvira Blanco	Resolución 000774 de 18/feb/02	9/mar/00
Gladys Ardila de González	Resolución 1125 de 15/mar/10	6/sept/09
Miryam Bernal Bonel	Resolución 00465 de 4/mar/05	9/nov/04
María Victoria Dulce Moreno	Resolución 00213 de 25/ene/00	8/oct/99
María Luisa Martínez Reyes	Resolución 07078 de 26/dic/08	18/may/08
Lucy Phillis Ariza	Resolución 01678 de 2/may/06	4/sept/05
Rosalba Marín Agudelo	Resolución 01929 de 7/jul/05	24/jul/04
Ruby Esther Pérez Armenta	Resolución 3360 de 22/jun/11	7/jul/10
Yaneth Alejandrina Martínez M.	Resolución 1725 de 3/may/06	14/oct/05
Rosalba Rojas Cortés	Resolución 0779 de 17/may/11	13/ene/09

Asimismo, se encontró probado que en las mesadas adicionales que perciben los demandantes se efectúan descuentos por salud, por lo que resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a esos descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, según corresponde a cada uno de ellos:

<b>Demandante</b>	<b>Descuentos realizados a las mesadas adicionales</b>
Clara Cecilia Colmenares Camargo	junio y diciembre
Apolinar Vuelvas Ortiz	diciembre
Carlota Isabel García López	diciembre
María Ofelia Jaramillo de Cárdenas	junio
Dioselina Álvarez de Arévalo	junio y diciembre

Luz Marina Castellanos Buitrago	junio y diciembre
Luis Rafael Páez Villamil	junio y diciembre
Olga Lucero Rodríguez Chivata	diciembre
María Isabel Rodríguez Beltrán	diciembre
María Elvira Blanco	junio y diciembre
Gladys Ardila de González	diciembre
Miryam Bernal Bonel	junio y diciembre
María Victoria Dulce Moreno	junio y diciembre
María Luisa Martínez Reyes	diciembre
Lucy Phillis Ariza	diciembre
Rosalba Marín Agudelo	junio y diciembre
Ruby Esther Pérez Armenta	diciembre
Yaneth Alejandrina Martínez M.	diciembre
Rosalba Rojas Cortés	diciembre

Lo anterior, toda vez que tal como se expuso en el acápite normativo de la presente providencia con la expedición de la Ley 812 de 2003 se entiende derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que contemplaba el descuento para salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, por ello a partir de la expedición de la mencionada Ley 812 de 2003 no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, teniendo en cuenta que la parte demandante<sup>16</sup> presentó la solicitud de suspensión y reintegro de la mesada adicional de junio y diciembre (según cada caso), en cuanto a los aportes dobles de salud se refiere, el día 23 de septiembre de 2014; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al **23 de septiembre de 2011**, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

---

<sup>16</sup> Hace referencia a los docentes: Apolinar Vuelvas Ortiz, Carlota Isabel García López, María Ofelia Jaramillo de Cárdenas, Dioselina Álvarez de Revelo, Luz Marina Castellanos Buitrago, Luis Rafael Páez Rodríguez Chivata, María Elvira Blanco, Gladys Ardila de González, Miryam Bernal Bonel, María Victoria Dulce Moreno, María Luisa Martín Reyes, Lucy Phillis Ariza, Rosalba Marín Agudelo, Ruby Esther Pérez Armenta, Janeth Alejandrina Martínez Mondragón y Rosalba Roja Cortés.

Es de precisar que, como lo indicó el a quo, en el caso de la docente María Isabel Rodríguez Beltrán, no operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que aunque la petición fue radicada el mismo día -23 de septiembre de 2014- el reconocimiento pensional se realizó el 31 de enero de 2012 a través de Resolución 905 de 2012, por lo que no transcurrieron más de 3 años entre la fecha de reconocimiento la de la solicitud.

Conforme a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará** el fallo de primera instancia que **accedió parcialmente** a las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>17</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez*

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

*ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará** la sentencia del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la parte demandante en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Clara Cecilia Colmenares

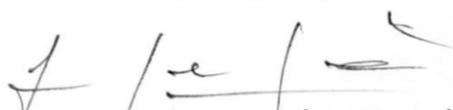
Camargo y otros<sup>18</sup> en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch

---

<sup>18</sup> Apolinar Vuelvas Ortiz, Carlota Isabel García López, María Ofelia Jaramillo de Cárdenas, Dioselina Álvarez de Revelo, Luz Marina Castellanos Buitrago, Luis Rafael Páez Rodríguez Chivata, María Isabel Rodríguez Beltrán, María Elvira Blanco, Gladys Ardila de González, Miryam Bernal Bonel, María Victoria Dulce Moreno, María Luisa Martín Reyes, Lucy Phillis Ariza, Rosalba Marín Agudelo, Ruby Esther Pérez Armenta, Janeth Alejandrina Martínez Mondragón y Rosalba Roja Cortés.



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-009-2017-00385-01  
Demandante : **Omar Augusto González Gómez**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Sanción mora

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada (f. 107 CD minuto 00:33:33) y de la parte demandante (fs. 108 y 109) contra la sentencia del 1.º de abril de 2019 proferida por el Juzgado Noveno (9º) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda pero limitó la condena en el proceso de la referencia (fs. 100 a 106).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 20 a 36) El señor Omar Augusto González Gómez, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo configurado con ocasión de la petición presentada el 16 de noviembre de 2016, el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó se ordene a la entidad demandada (i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo,

contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la accionada y hasta el pago efectivo de la misma; (ii) dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; (iii) ajustar los valores a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, teniendo como base el IPC, desde el momento en el que se pagó la cesantías; (iv) cancelar los intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia condenatoria y hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria; y (v) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró como docente en los servicios educativos estatales y, por tanto, el 24 de julio de 2015 solicitó ante la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías.

La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. mediante la Resolución 5720 de 09 de octubre de 2015 reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas, las cuales fueron canceladas el 06 de mayo de 2016 por intermedio de entidad bancaria.

El 16 de noviembre de 2016 petitionó ante la accionada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, puesto que el 24 de julio de 2015 solicitó el pago de las mismas, siendo el plazo para pagarlas a más tardar el 05 de noviembre de 2015, pero solo hasta el 06 de mayo de 2016 se realizó el pago, es decir, que transcurrieron 180 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta el momento en que se efectuó el pago.

La anterior petición fue resuelta negativamente en forma ficta, comoquiera que presentada la reclamación administrativa transcurrieron más de tres meses, sin que la entidad emitiera respuesta al respecto, configurándose así un acto ficto o presunto negativo de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La accionante citó como

disposiciones normativas vulneradas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Para el efecto, sostuvo que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantías, esta siendo burlada por la entidad demandada, pues se canceló la prestación, con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición de la misma, quebrantando los derechos del trabajador, por lo que se hace acreedor de la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantías por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

**Contestación de la demanda.** La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro del término de traslado no contestó la demanda, pese a que se notificó en debida forma.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Noveno (9.º) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 1.º de abril de 2019 (fs. 100 a 106) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que declaró la nulidad del acto ficto originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 16 de noviembre de 2016 ante la entidad accionada. Sin embargo, en atención a que el capital reconocido por concepto de cesantías parciales correspondió a la suma de \$ 7.467.047 m/cte., y la suma de la sanción moratoria es superior, esto es, \$ 11.765.362 m/cte., limitó la sanción mora a pagar al valor reconocido en las cesantías.

Para ello, la autoridad judicial de la referencia argumentó que la sanción moratoria no puede exceder el monto de las cesantías canceladas, pues por analogía de la misma forma como la sanción prevista como cláusula penal no puede superar el monto del capital (artículo 1601 Código Civil), tampoco acá lo puede ser, límite que se encuentra en el código donde las personas pueden disponer libremente de su patrimonio, a diferencia del público que tiene por destino el bien común, además porque no pueden existir obligaciones de monto absolutamente indefinidas, y se debe considerar la consecuencia que debe tener la negligencia de la parte acreedora en efectuar el cobro, incluido el reclamo judicial.

Por otro lado, negó la indexación por resultar improcedente conforme lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-488 de 1996. Y, condenó en costas a la accionada por la cantidad de \$ 200.000 m/cte.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada.** - (f. 107 CD minuto 00:33:33) Apeló lo concerniente a la condena en costas que le fue impuesta, al considerar que las mismas no son procedentes al no haber sido comprobadas y además en atención a que en ningún momento se valoró que la conducta de la entidad fue de buena fe. Por lo tanto, solicitó revocar en este aspecto la decisión recurrida.

**Parte demandante.** - (fs. 108 y 109) Interpuso recurso de apelación en lo que tiene que ver con la limitación de la condena por concepto de la sanción moratoria, al argumentar que el *a quo* no aplicó en el caso concreto la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, se reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y fijaron términos para su cancelación.

Precisó que la sanción moratoria, que está a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no es accesoria a la prestación “cesantías”. Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no depende directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de ellas, pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, está concebida como sanción por la inobservancia de la fecha en que debe efectuarse la consignación.

Finalmente, expuso que en el presente caso las sumas de dinero que se ejecutan son determinables por medio de una simple operación aritmética, que se establece de los días que exceden el pago oportuno, esto es, los 70 días siguientes a la radicación de solicitud de cesantías hasta cuando se realizó el pago efectivo de las mismas, es por esto que debe liquidarse un día de salario por cada día de mora, esto es, para el *sub lite* 181 días.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos de apelación interpuestos fueron concedidos el 10 de junio de 2019 (fs. 119 y

120) y admitidos por esta Corporación el 09 de septiembre de 2019 (f. 123); auto en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 05 de noviembre de 2019 (f. 126), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad que fue aprovechada por el Ministerio Público.

**Ministerio Público.** - (fs. 128 a 146) Consideró que la condena por concepto de la sanción moratoria de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución 5720 del 09 de octubre de 2015, debe obedecer a la suma de \$ 11.765.047 m/cte., que coincide con la operación aritmética realizada por el juez de primera instancia, sin el tope que dispuso la autoridad judicial con fundamento en el ordenamiento civil.

Por otro lado, en cuanto a la condena en costas que recurrió la entidad demandada, indicó que se denotó la falta de interés para resolver el asunto discutido, por lo tanto, estima razonable mantener la orden en este aspecto.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar en esta oportunidad (i) si hay lugar, o no, a limitar el monto de la sanción moratoria al valor de las cesantías parciales que le fueron reconocidas al señor Omar Augusto González Gómez, de las cuales se deriva la mora; y (ii) si en efecto hay lugar a condenar en costas a la entidad demandada.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de no limitar el monto correspondiente a la sanción moratoria al valor de las cesantías que le fueron reconocidas al actor, al encontrar que no es procedente de acuerdo a la normativa que regula dicho asunto; y no se condenará en costas en ninguna de las instancias a la demandada, al observar que no existió una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho por parte de la entidad, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.** La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas**

La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995<sup>2</sup> contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

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

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

*Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.» (Se subraya).*

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>3</sup>, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y

---

<sup>2</sup> «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>3</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

servidores del Estado y en el artículo 2 *ibidem* el legislador contempló el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

*«Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.»*

En esos términos, se colige que los términos para el reconocimiento y pago de la referida prestación son:

1. Radicada la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (parciales o definitivas), la entidad cuenta con 15 días hábiles para expedir el respectivo acto administrativo.
2. Si la mencionada solicitud se encuentra incompleta, la entidad cuenta con 10 días hábiles contados a partir del recibo de esta para informarle al interesado los documentos faltantes y una vez aportados deberá proferir la decisión correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes.
3. Expedido y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías (5 o 10 días de ejecutoria, según la fecha de expedición del acto administrativo), la Administración cuenta con un plazo máximo de 45 días para efectuar el pago.

En este orden de ideas, formulada la petición, la entidad pagadora tiene 65 o 70 días, según el caso, para emitir el acto de reconocimiento de las cesantías (definitivas o parciales) y cancelarlas. Vencido el anterior término, deberá reconocer y pagar a título de sanción moratoria, **un día de salario por cada día de retardo hasta que efectivamente se produzca el pago.**

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia en los siguientes aspectos:

- a) El docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

b) Cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

c) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en la Ley 1437 de 2011, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

d) Cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

e) Tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

f) Es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Además, la Corporación en mención precisó que las reglas contenidas en dicha sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial y, además, que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir,

que la decisión no tiene efectos retroactivos.

En ese sentido, para efectos de resolver la controversia planteada, se concluye que existe un término perentorio para que la entidad pague la cesantía, es decir, 65 días en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y 70 días al amparo de la Ley 1437 de 2011, siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías.

### **Frente a la prescripción de la sanción moratoria. -**

Con el objeto de precisar el sentido de la anterior afirmación, la Sala considera pertinente indicar que el Consejo de Estado<sup>4</sup> en sentencia de unificación CE-SUJ2No.004 de 2016, en ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, respecto de la prescripción de la sanción por mora concluyó:

#### **«i) Prescripción de los salarios moratorios**

*Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.*

*Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*

*Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*

**Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, si es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:**

**“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el**

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2No.004 de 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

**patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”**

*La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990».*

En la misma providencia en lo que corresponde a la reclamación de la sanción moratoria se precisó lo siguiente:

**«ii) Reclamación de la sanción moratoria.**

*De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.*

*Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, **a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.***

**Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.**

[...]

*Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.*

**Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so**

**pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.».**

A tono con lo expuesto, se advierte que a los asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se aplica el fenómeno de la prescripción trienal consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Excluyendo de esta manera las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto al mencionado fenómeno, toda vez que para el momento de su expedición no existía dentro del ordenamiento jurídico la sanción bajo estudio.

**Acervo probatorio.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Derecho de petición radicado el 16 de noviembre de 2016 por el señor Omar Augusto González Gómez ante la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la cancelación tardía de sus cesantías parciales (fs. 2 a 4).

b) Resolución 5720 del 09 de octubre de 2015 «*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparaciones Locativas*», emitida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a través de la cual se evidencia que la solicitud de dicho reconocimiento y pago se realizó por el interesado el 24 de julio de 2015 (fs. 6 y 7).

c) Constancia de pago efectuado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 5729 del 06 de mayo de 2016, por un valor de \$ 7.467.047 m/cte. (f. 9).

d) Certificado de salarios percibidos por el señor Omar Augusto González Gómez en las vigencias 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, quien se encuentra vinculado en la Secretaría de Educación desde el 11 de agosto de 2010 (fs. 10 a 13).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la existencia y posterior nulidad del acto administrativo ficto o

presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

Lo anterior, con la intención de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto referido, se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el incumplimiento en el término que la ley le concede para ello.

El juez de primera instancia mediante sentencia del 1.º de abril de 2019 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, puesto que declaró la nulidad del acto ficto negativo y ordenó a la accionada pagar a favor del señor González Gómez la sanción moratoria, pero limitó el monto de la misma al valor de las cesantías parciales reclamadas por el actor, puesto que la sanción correspondía a \$ 11.765.362 m/cte., excediendo el valor de las cesantías reclamadas que eran por un monto de \$ 7.467.047 m/cte.

Adicionalmente, el *a quo* negó la indexación petitionada y condenó en costas a la accionada por un valor de \$ 200.000 m/cte.

Ahora, revisados los argumentos de impugnación presentados tanto por la parte demandante como demandada, se centran en discutir únicamente la limitación del monto correspondiente a la sanción moratoria y la condena en costas a la cual se opone la accionada. En ese orden, no habrá lugar a emitir pronunciamiento alguno respecto al derecho de la sanción moratoria que se reconoció en la providencia de primera instancia, por no haber sido un asunto objeto de discusión para desatar en esta sede.

**Tope o límite de la sanción moratoria.** - En lo que concierne al pago de la sanción moratoria ha de precisarse que el párrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, señaló:

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

Al respecto, se observa que el párrafo transcrito hizo alusión a la forma en que la entidad obligada, deberá pagar la mora cuando excede el plazo otorgado legalmente para cancelar lo correspondiente a las cesantías definitivas o parciales, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de estas. Adviértase que la norma en ningún momento limita el pago de dicha sanción.

Por lo tanto, esta Sala no comparte la decisión de limitar el monto que corresponde a la sanción moratoria al valor de las cesantías reconocidas al señor Omar Augusto González Gómez, de las cuales se derivó la mora.

De igual manera, no es de recibo la posición adoptada por el *a quo* tendiente a aplicar por analogía el artículo 1601 del Código Civil a este asunto, en razón a que dicha norma regula una relación de naturaleza civil propia de la autonomía de la voluntad de las partes que esta inmersa en el contrato, distinta al vínculo laboral que existe entre el Estado a través de sus entidades y sus empleados públicos, quienes están sujetos a una relación legal y reglamentaria caracterizada por la subordinación del servidor público, definida en una regulación especial, no susceptible de discusión y, por ende, la analogía al estatuto civil no podría ser válida al no tratarse de un supuesto asimilable a la sanción moratoria que el legislador estableció.

Asimismo, tampoco comparte la Sala la aplicación de la sentencia del 28 de noviembre de 1989 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Rafael Romero Sierra, en la que igualmente el juez de primera instancia fundamentó la limitación del monto de la sanción moratoria en el caso bajo estudio, en el entendido de que en la misma se hizo alusión al Código de Comercio en cuanto señala límites a la utilidad o ganancia que es propia de actividades mercantiles, dirigidas todas a la obtención de lucro. Puesto que no se acompasa con lo determinado en la norma especial que regula la forma en la que deberá reconocerse la mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales.

En esos términos, la Sala modificará el ordinal tercero de la providencia del 1.º de abril de 2019 emitida por el Juzgado Noveno (9.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., en el sentido de ordenar el pago total de la operación aritmética que resulte de multiplicar el número de días de mora (181 días) por el salario que el señor Omar Augusto González Gómez devengaba en ese momento.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>5</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho por parte de la entidad accionada. Así las cosas, no se condenará en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

**Primero. - Modificar** el ordinal tercero de la sentencia del 1.º de abril de 2019 emitida por el Juzgado Noveno (9.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., en el sentido de ordenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar al señor Omar Augusto González Gómez el total de la operación aritmética que resulte de multiplicar el número de días de mora (181 días) por el salario que aquel devengaba en ese momento, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. -** Confirmar en lo demás la sentencia impugnada.

**Tercero. -** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Cuarto. -** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá D. C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente	110013335022201700486 01
Demandante	Ariel de Jesús Gómez Granada
Demandado	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Medio de control	<b>Ejecutivo laboral</b>
Tema	Resuelve recurso de apelación contra el auto aprobó la liquidación del crédito

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante (fs. 161 a 166) contra la providencia de 26 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito de Bogotá (fl. 159), mediante la cual se aprobó la liquidación del crédito realizada por el coordinador del grupo de liquidaciones de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá.

## I. ANTECEDENTES

El señor Ariel de Jesús Gómez Granada, en ejercicio de la acción ejecutiva, a través de apoderado, presentó demanda en virtud de la cual pretende se libre mandamiento de pago, por concepto de intereses moratorios, derivados de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá.

**Providencia Impugnada.** En providencia del 26 de febrero de 2019, el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito de Bogotá, resolvió aprobar la liquidación del crédito realizada por el coordinador del grupo de liquidaciones de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá.

Lo anterior fundado en que de acuerdo con el artículo 422 del Código General del Proceso, se verifico que ninguna de las partes aportó la liquidación del crédito en el término señalado en el auto que ordeno seguir adelante la ejecución, por lo anterior el Despacho acogió la

liquidación realizada por el coordinador del grupo de liquidaciones de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá, aprobándola en la suma de \$ 42.607.155.

De la liquidación presentada por la oficina de apoyo se tomó como fecha de ejecutoria de la sentencia el 9 de julio de 2011, teniendo en cuenta como fecha final de la inclusión en nómina el 25 de octubre de 2012, teniendo como capital de a la ejecutoria sin indexar de \$142.606.718 descontando \$17.112.806 como descuentos por concepto de salud, tomando entonces como capital para la liquidación el valor de \$125.493.912 dando como resultado de la liquidación de intereses moratorios la suma de \$42.607.155, conforme lo dispone el inciso 6 del artículo 177 del CCA.

**Recurso de Apelación.** (Folios 161 a 166) Inconforme con la referida decisión, el apoderado de la parte ejecutante interpuso recurso de apelación señalando que no es cierto que no se presentó la liquidación del crédito dentro del plazo establecido en la ley, ya que mediante auto de fecha 17 de octubre de 2018, se le corrió traslado a las partes para presentar la liquidación, y él presentó la liquidación mediante oficio radicado el 19 de octubre de 2019.

Adujo que la liquidación del crédito dio como resultado de la liquidación la suma de \$77.100.371.71, por concepto de intereses moratorios, por lo que solicita se revoque el auto apelado y se estudie la procedencia de la liquidación presentada para que se continúe con la ejecución.

## II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para el efecto<sup>1</sup> y como quiera que efectivamente se aportó el radicado de la liquidación del crédito presentada por la parte ejecutante en tiempo, por lo tanto, el recurso de apelación es procedente de conformidad con los artículos 321 y 446 del C.G.P., se concedió mediante providencia de 19 de marzo de 2019 (fl. 168).

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

### III. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Sea lo primero advertir la procedencia del recurso de apelación interpuesto, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 446 del C.G.P., formulada dentro de la oportunidad prevista por el artículo 244 del C.P.A.C.A., con la debida sustentación; además, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto que aprobó la liquidación del crédito.

**Problema jurídico.-** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón al *a quo*, al haber aprobado la liquidación del crédito efectuada por la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá o si la liquidación presentada por la parte actora se encuentra bien y se modifica la aprobada por el *ad quo*.

**Tesis de la Sala.-** La Sala modificará el auto de 26 de febrero de 2019, proferido por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito de Bogotá, comoquiera que la liquidación efectuada por el *a quo* y la parte ejecutante no es la que corresponde por las siguientes razones.

**Marco normativo.** - En punto de resolver el problema jurídico planteado, procede la Sala a determinar la solución que en derecho corresponde.

El artículo 297 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que entre otros, constituyen título ejecutivo *«Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública a pago de sumas dinerarias»* [subrayado de la sala].

Por su parte, el artículo 422 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 299 de la Ley 1437 de 2011, prevé:

*«Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la*

*que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184».*

De la anterior normativa se colige que son demandables ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o las que emanen de una sentencia proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción.

Por otra parte, para efectuar la actualización del crédito dentro del proceso ejecutivo deben observarse las reglas señaladas en el Código General del Proceso artículo 446 por disposición legal, la cual dispone:

*«Artículo 446. Liquidación del crédito y las costas. Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas:*

*1. Ejecutoriada el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del capital y de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.*

*2. De la liquidación presentada se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110, por el término de tres (3) días, dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta, para cuyo trámite deberá acompañar, sopeña de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.*

*3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta respectiva. El recurso, que se tramitará en el efecto diferido, no impedirá efectuar el remate de bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de apelación.*

*4. De la misma manera se procederá cuando se trate de actualizar la liquidación en los casos previstos en la ley, para lo cual se tomará como base la liquidación que esté en firme.»*  
[subrayado de la sala].

Así las cosas, corresponde al operador judicial decidir si aprueba la liquidación presentada por el ejecutante, o la realizada y aprobada por el ad quo o si se modifica; de acuerdo con la obligación consignada en el título objeto de ejecución y las normas que regulan la materia.

### **Caso concreto.**

Del análisis del expediente se observa que la controversia en el presente asunto gira en torno a la liquidación del crédito.

Sea lo primero advertir, la liquidación de los intereses moratorios presentada por el ejecutante ascendió a la suma de \$77.100.371.71, mientras que la efectuada por el ad quo en

la providencia objeto de impugnación fue de \$ 42.607.155, por tanto la Sala procederá a realizar una nueva liquidación, teniendo como parámetros que el título ejecutivo del sub-lite se encuentra contenido en la sentencia de primera instancia de fecha 25 de octubre de 2010, decisión confirmada por esta Sala el 16 de junio de 2011, la cual quedó ejecutoriada el 08 de julio de 2011.

A continuación, se ilustra la liquidación realizada por la Sala, la cual tuvo en cuenta la información contenida en la liquidación detallada expedida por la UGPP, visto a folios 34 y 35 vto, en los siguientes términos:

<b>LIQUIDACIÓN INTERESES MORATORIOS ART 177 CCA.</b>							
Valor Retroactivos a la fecha de Ejecutoria						\$ 142.606.718,30	
Valor Indexación de mesadas a la fecha de Ejecutoria						\$ 24.592.560,42	
Descuentos en salud						\$ 17.112.806,16	
Total Mesadas Atrasadas indexadas a la fecha de ejecutoria						\$ 150.086.472,56	
DÍA SIGUIENTE A FECHA DE EJECUTORIA						08-jul-2011	
Mes inclusión en nómina		oct-12		<i>Mes anterior inclusión en nómina</i>		sep-12	
				Días en Mora		450	
Desde	Hasta	Base Liquidación	Int. Corriente Bcario	Int. Mora a Liquidar	Tasa mora mes	Días	interés mensual
9/07/2011	31/07/2011	\$ 150.086.472,56	18,63	27,95	2,33	23	\$ 2.679.606
1/08/2011	31/08/2011	\$ 150.086.472,56	18,63	27,95	2,33	31	\$ 3.611.643
1/09/2011	30/09/2011	\$ 150.086.472,56	18,63	27,95	2,33	30	\$ 3.495.139
1/10/2011	31/10/2011	\$ 150.086.472,56	19,39	29,09	2,42	31	\$ 3.758.978
1/11/2011	30/11/2011	\$ 150.086.472,56	19,39	29,09	2,42	30	\$ 3.637.721
1/12/2011	31/12/2011	\$ 150.086.472,56	19,39	29,09	2,42	31	\$ 3.758.978
1/01/2012	31/01/2012	\$ 150.086.472,56	19,92	29,88	2,49	31	\$ 3.861.725
1/02/2012	29/02/2012	\$ 150.086.472,56	19,92	29,88	2,49	29	\$ 3.612.581
1/03/2012	31/03/2012	\$ 150.086.472,56	19,92	29,88	2,49	31	\$ 3.861.725
1/04/2012	30/04/2012	\$ 150.086.472,56	20,52	30,78	2,57	30	\$ 3.849.718
1/05/2012	31/05/2012	\$ 150.086.472,56	20,52	30,78	2,57	31	\$ 3.978.042
1/06/2012	30/06/2012	\$ 150.086.472,56	20,52	30,78	2,57	30	\$ 3.849.718
1/07/2012	31/07/2012	\$ 150.086.472,56	20,86	31,29	2,61	31	\$ 4.043.955
1/08/2012	31/08/2012	\$ 150.086.472,56	20,86	31,29	2,61	31	\$ 4.043.955
1/09/2012	30/09/2012	\$ 150.086.472,56	20,86	31,29	2,61	30	\$ 3.913.505

450

<b>TOTAL INTERESES DE MORA LIQUIDADOS</b>	<b>\$ 55.956.990</b>
---	----------------------

Determinado lo anterior, se tiene que la suma que se le adeuda al ejecutante es de **cincuenta y cinco millones novecientos cincuenta y seis mil novecientos noventa pesos (\$55.956.990)**, por lo que se modificará la liquidación del crédito efectuada por el juez de primera instancia.

Por lo expuesto, se

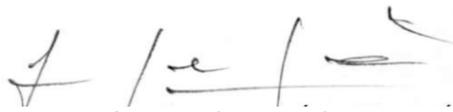
### RESUELVE:

**Primero.- MODIFICAR** el auto del 26 de febrero de 2019 proferido por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se aprobó la liquidación del crédito, para en su lugar, establecer como valor del mismo la suma de cincuenta y cinco millones novecientos cincuenta y seis mil novecientos noventa pesos (\$55.956.990), conforme a la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-013-2017-00491-01  
Demandante : **Gladys Elena Bustillo de Oro**  
Demandado : Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Sanción mora

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fs. 66 a 68) contra la sentencia del 07 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho dentro del proceso de la referencia (fs. 128 a 136).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 14 a 30) La señora Gladys Elena Bustillo de Oro, a través de apoderado, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo configurado con ocasión de la petición presentada el 28 de octubre de 2015, el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada (i) reconocer y pagar la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la accionada y

hasta el pago efectivo de la misma; (ii) dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; (iii) ajustar los valores a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, teniendo como base el IPC, desde el momento en el que se pagó la cesantías; (iv) cancelar los intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia condenatoria y hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria; y (v) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró como docente en los servicios educativos estatales y, por tanto, el 20 de octubre de 2011 solicitó ante la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías.

La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. mediante la Resolución 5560 del 12 de septiembre de 2012 reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas, las cuales fueron canceladas el 18 de octubre de 2012 por intermedio de entidad bancaria.

El 25 de noviembre de 2014 petitionó ante la accionada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, puesto que el 20 de octubre de 2011 solicitó el pago de las mismas, siendo el plazo para pagarlas a más tardar el 1.º de febrero de 2012, pero solo hasta el 18 de octubre de 2012 se realizó el pago, es decir, que transcurrieron 256 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta el momento en que se efectuó el pago.

La anterior petición fue resuelta negativamente en forma ficta, comoquiera que presentada la reclamación administrativa transcurrieron más de tres meses, sin que la entidad emitiera respuesta al respecto, configurándose así un acto ficto o presunto negativo de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Para el efecto, sostuvo que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantías, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se canceló la prestación, con posterioridad a los 70 días después de haber realizado la petición de la misma, quebrantando los derechos del trabajador, por lo que se hace acreedor de la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantías por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

**Contestación de la demanda. – Secretaría de Educación de Bogotá D.C.** (fs. 76 a 86) Se abstuvo de realizar algún pronunciamiento respecto a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que van dirigidas al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo dos entes autónomos e independientes. Por tanto, excepcionó falta de legitimación en la causa por pasiva; así como legalidad de los actos acusados, prescripción y genérica e innominada.

**La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** no contestó la demanda pese a que se notificó en debida forma.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 07 de noviembre de 2018 (fs. 128 a 136), declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho dentro del proceso de la referencia.

Para el efecto, consideró que el derecho a percibir la sanción moratoria de que trata las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hizo exigible para la demandante a partir del 26 de enero de 2012, es decir, pasados 65 días hábiles desde que presentó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales (20 de octubre de 2011), por lo que desde esta fecha contaba con tres años para elevar la reclamación. Por ende, la actora tenía hasta el 26 de enero de 2015 para solicitar ante la administración el reconocimiento de dicha prestación. No obstante, la solicitud la presentó hasta el 28 de octubre de 2015, por lo que se le extinguió el derecho para reclamar la respectiva sanción.

## III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia (fs. 139 a 191), al señalar que el 20 de octubre de 2011 solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución 5560 del 12 de septiembre de 2012 y la entidad demandada realizó el pago extemporáneo el día 18 de octubre de 2012, tal y como se evidencia si ocurrió el fenómeno de la prescripción en el presente proceso, pero no por una causa atribuible al empleado, sino por negligencia del empleador, lo que le generó un perjuicio y violó su debido proceso.

Igualmente, expuso que en fallo del 06 de marzo de 2008 la Sección Segunda del Consejo de Estado, sostuvo que la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagar las cesantías en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción. Por lo anterior, solicitó revocar la providencia recurrida para, en su lugar, acceder a lo pretendido.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido el 05 de diciembre de 2018 (f. 143) y admitido por esta Corporación el 06 de mayo de 2019 (f. 160); auto en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 29 de julio de 2019 (f. 163), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar en esta oportunidad si a la señora Gladys Elena Bustillo de Oro, le asiste derecho, o no, para reclamar la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío en las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución 5560 del 12 de septiembre de 2012.

**Tesis de la Sala.** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia al encontrar probada la excepción de prescripción del derecho, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco normativo.** La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **De la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas**

La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995<sup>2</sup> contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

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

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

**Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.»** (Se subraya).

---

<sup>2</sup> «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>3</sup>, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado** y en el artículo 2 *ibidem* el legislador contempló el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

**«Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.»**

En esos términos, se colige que los términos para el reconocimiento y pago de la referida prestación son:

1. Radicada la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (parciales o definitivas), la entidad cuenta con 15 días hábiles para expedir el respectivo acto administrativo.
2. Si la mencionada solicitud se encuentra incompleta, la entidad cuenta con 10 días hábiles contados a partir del recibo de esta para informarle al interesado los documentos faltantes y una vez aportados deberá proferir la decisión correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes.
3. Expedido y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías (5 o 10 días de ejecutoria, según la fecha de expedición del acto administrativo), la Administración cuenta con un plazo máximo de 45 días para efectuar el pago.

En este orden de ideas, formulada la petición, la entidad pagadora tiene 65 o 70 días, según el caso, para emitir el acto de reconocimiento de las cesantías (definitivas o parciales) y cancelarlas. Vencido el anterior término, deberá reconocer y pagar a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo hasta que efectivamente se produzca el pago.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia

---

<sup>3</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

en los siguientes aspectos:

a) El docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

b) Cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

c) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en la Ley 1437 de 2011, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

d) Cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

e) Tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

f) Es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Además, la Corporación en mención precisó que las reglas contenidas en dicha sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial y, además, que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que la decisión no tiene efectos retroactivos.

En ese sentido, para efectos de resolver la controversia planteada, se concluye que existe un término perentorio para que la entidad pague la cesantía, es decir, 65 días en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y 70 días al amparo de la Ley 1437 de 2011, siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías.

### **Frente a la prescripción de la sanción moratoria. -**

Con el objeto de precisar el sentido de la anterior afirmación, la Sala considera pertinente indicar que el Consejo de Estado<sup>4</sup> en sentencia de unificación CE-SUJ2No.004 de 2016, en ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, respecto de la prescripción de la sanción por mora concluyó:

#### **«i) Prescripción de los salarios moratorios**

*Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.*

*Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*

*Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*

**Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:**

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2No.004 de 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

**“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”**

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990».

En la misma providencia en lo que corresponde a la reclamación de la sanción moratoria se precisó lo siguiente:

**«ii) Reclamación de la sanción moratoria.**

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, **a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.**

**Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.**

[...]

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

**Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.».**

A tono con lo expuesto, se advierte que, a los asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se aplica el fenómeno de la prescripción trienal consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Excluyendo de esta manera las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto al mencionado fenómeno, toda vez que para el momento de su expedición no existía dentro del ordenamiento jurídico la sanción bajo estudio.

**Acervo probatorio.** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

a) Derecho de petición radicado ante la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la señora Gladys Elena Bustillo de Oro, el día 28 de octubre de 2015, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la cancelación tardía de sus cesantías parciales (fs. 3 a 5).

b) Resolución 5560 del 12 de septiembre de 2012 por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda, emitida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en la que se evidencia que la solicitud de dicho reconocimiento y pago se realizó por la interesada el 20 de octubre de 2011 (fs. 7 a 9).

c) Oficio 20150171097511 del 22 de diciembre de 2015 en el que la Fiduprevisora S.A. señaló que a la aquí demandante se le pagó el 18 de octubre de 2012 (fs. 10 y 11).

**Caso concreto.** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho objeto de estudio, pretende se declare la existencia y posterior nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

Lo anterior, con la intención de que como consecuencia de las declaratorias de nulidad del acto referido, se condene a la accionada al reconocimiento y pago de la mora en el pago de las cesantías.

De las pruebas que obran en el expediente, se desprende que (i) mediante escrito del 20 de octubre de 2011 la demandante solicitó de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales para vivienda; (ii) a través de la Resolución 5560 del 12 de septiembre de 2012 se despachó de manera favorable la anterior solicitud; (iii) el 18 de octubre de 2012, la entidad demostró el pago efectivo de dicha prestación.

En lo que concierne a la sanción moratoria aquí deprecada se tiene que la Administración cuenta con: (i) 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo y remitirlo a la Fiduciaria La Previsora S.A. contados a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías por parte del interesado y (ii) 45 días hábiles contados una vez se encuentre ejecutoriado (5<sup>5</sup> días) el mencionado acto, para realizar el pago.

Teniendo en cuenta que la demandante radicó la solicitud del reconocimiento de las cesantías el 20 octubre de 2011<sup>6</sup>, el plazo para emitir la resolución de reconocimiento vencía el 11 de noviembre de 2011.

Lo anterior, quiere decir que, a partir de la fecha de la solicitud, la entidad contaba con 70 días hábiles para efectos de reconocer y pagar la aludida prestación, los cuales vencieron el 25 de enero de 2012<sup>7</sup>, de tal suerte que el derecho a reclamar la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías parciales solicitadas culminó el 26 de enero de 2015.

Adviértase, que la obligación de la administración a pagar la sanción por mora nace a partir de su exigibilidad, es decir, a partir del momento mismo en que superó el plazo máximo para el pago de las cesantías definitivas y/o parciales, razón por la cual si a partir de ese momento la reclamación de la sanción supera los tres años se configura el fenómeno de la prescripción trienal.

Así las cosas, comoquiera que la actora elevó la solicitud de la cancelación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales el **28 de octubre de 2015**, se observa que operó el fenómeno de la prescripción extintiva, por cuanto pasaron más de tres años desde que se hizo exigible el derecho, sin que se hubiese interrumpido el término de la prescripción

---

<sup>5</sup> Toda vez que la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales fue presentada el 20 de octubre de 2011, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 (02 de julio de 2012).

<sup>6</sup> Así se advierte en la Resolución 5560 de 12 de septiembre de 2012.

<sup>7</sup> El pago de las cesantías parciales se realizó el 18 de octubre de 2012 (f. 8).

conforme lo señala el 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>8</sup>, tal como lo manifestó el *a quo*.

En esos términos, se confirmará la sentencia del 07 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho dentro del proceso de la referencia.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>9</sup>, así:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]».*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y

---

<sup>8</sup> "Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual". Subrayado de la Sala.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia del 07 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**Segundo. - Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.**

**Tercero. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.**

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2017-00520-01  
Demandante : **Gloria Amparo Cruz Díaz**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reintegro de mesadas adicionales en pensión de jubilación docente

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (cd - f. 68), contra la sentencia de 28 de mayo de 2019, proferida el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 57 a 61).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 16 a 21). La señora Gloria Amparo Cruz Díaz, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de:

*i) que «[...] se declare la existencia del Acto Ficto presunto<sup>1</sup>, configurado por el silencio de la Administración, en relación a la solicitud radicada ante el **Ministerio de Educación Nacional el día 14 de junio de 2017 y remitida por competencia el 17 de junio de 2017 con el Radicado No. 2017-ER-123319**»; ii) declarar la nulidad del acto ficto o presunto, por medio del cual la entidad negó el reintegro de los descuentos del 12% realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; iii) se declare la nulidad del Oficio 101040202 de 29*

---

<sup>1</sup> Se resolvió en audiencia inicial, donde se indicó que no se configuró silencio administrativo.

de agosto de 2017, proferido por la directora de afiliaciones y recaudo de la vicepresidencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó el reintegro de los descuentos del 12% realizado en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión de jubilación de la señora Gloria Amparo Cruz Díaz.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a: **i)** reintegrar **todos** «los descuentos adicionales del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descontados en las mesadas pensionales en adelante, hasta el pago efectivo de la sentencia»; **ii)** suspender los mencionados descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia y en adelante; **iii)** reajustar las diferencias solicitadas; **iv)** indexar el valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; **v)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 188, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y **iv)** pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró como docente estatal. Por cumplir los requisitos le fue reconocida una pensión de jubilación por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 966 de 22 de febrero de 2007, en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989.

La Fiduciaria la Previsora S.A. obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió el pago de mesadas y descuentos de ley, entre los que se encuentran los de salud, descuento que en la actualidad correspondiente al 12% sobre las mesadas adicionales.

La entidad demandada, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e incluso en nómina, esta entidad ha venido descontando el 12% para la salud de las mesadas de junio y diciembre, las cuales son denominadas mesadas adicionales.

Recibe «**Catorce (14) Mesadas al año, y sobre las mismas le aplican los descuentos con destino a salud, del 12% cuando debiera ser por Doce (12) meses de servicio requeridos al año**». (sic).

La Fiduciaria en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones de Educación de Bogotá, «[...] efectúa DESCUENTOS en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24%, SOBREPASANDO lo dispuesto por la Ley». [sic]

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2.º, 4.º, 13, 25, 29, 48 (inciso final), 49, 53 (inciso 3.º), y 58 de la Constitución Política; Código Civil; Ley 6ª de 1945; Ley 4ª de 1966; Ley 91 de 1989; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; Ley 1250 de 2008; así como el Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1073 de 2003.

Para el efecto, expuso que La Fiduciaria la Previsora en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, abusó de su competencia discrecional al efectuar descuentos del 12% en salud, desde que se le reconoció la pensión a la señora Gloria Amparo, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Respecto a la jurisprudencia proferida referente al tema, se puede determinar que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria la Previsora S.A. a realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la actora por lo tanto su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la ley, al mantener la decisión de aplicar sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descuentos no permitidos por la ley.

Expresó que «[...] la responsabilidad del reintegro y suspensión de los descuentos en salud realizados a las Mesadas Adicionales, recae en la Nación – Ministerio de Educación Nacional (**quien actúa por intermedio de las Secretarías de Educación**) y como quiera que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la encargada de manejar los Fondos o Recursos prestaciones sociales del Magisterio [...] quien goza de personería jurídica es el Ministerio de Educación Nacional». [sic].

**Contestación de la demanda.** – Se observa que la entidad accionada no contestó la demanda.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de mayo de 2019 (fs. 57 y 61 y CD.), accedió parcialmente las pretensiones de la demanda por considerar que:

La entidad demandada ha desatendido la normatividad aplicable en cuanto al descuento de mesadas adicionales, desconociendo la prohibición de la Ley 42 de 1982 que proscribe que no es posible hacer esos descuentos adicionales. Atender la posición del Ministerio de Educación sería desconocer el principio de regresividad y tener un trato discriminatorio sin fundamento, con las personas que ingresaron con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

No encuentra ese despacho que la decisión desconozca la Sentencia C-369 de 2004 la cual se ocupó de estudiar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que incrementó la cotización en salud, a los pensionados al Fondo Pensional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisamente porque se encontró ajustada a la norma.

En ese orden, se dispuso a declarar la nulidad del acto objeto de control de legalidad, toda vez que la entidad no debió realizar el descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre recibidas por la actora, ya que no existe norma que autorice el descuento, disponiendo del reintegro de tales descuentos y ordenando que no se continúe efectuando.

Al estudiar la prescripción la declaró probada, en relación con el pago causado con anterioridad al 13 de junio de 2014.

## **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, la cual sustentó dentro de la misma audiencia:

«[...]

*Las mesadas adicionales descontadas por concepto de la pensión, el Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio precisa que la ley 91 de 1989 mediante la cual se crea dicho fondo en el artículo 8° numeral 5° indica que el 5% de cada mesada pensional que pague el fondo incluidas las mesada adicionales como parte de los pensionados, así mismo crea las mesadas adicionales y el descuento del 5%, es claro que por autoridad de la citada ley el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio es la entidad encargada de descontar este 5% se hará sobre la mesada adicional cualquiera que sea su naturaleza. Posteriormente la Ley 812 de 2013 en su artículo 81 previó que el régimen de cotización de los docentes que se encontraran afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio sería el contenido de las leyes 793 y 797 de 2003 en su artículo 81 [...] como se mencionó anteriormente la ley 812 en su artículo 81 establece que se remitirá a la Ley 100 en cuanto a las mesadas adicionales y dichos descuentos [...] dicho esto, el parágrafo 1° transitorio del acto legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada de la ley 812 de 2003 por lo que es claro establecer que la presentada ley únicamente alteró respecto del personal docente lo correspondiente al porcentaje en aportes en salud, más no su régimen pensional [...] entonces se encuentra ratificado que [...] en lo relacionado con descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que en principio estos fueron prohibidos por el art. 1 del decreto 1073 del 24 de mayo 2012 por el cual se reglamentan los descuento permitidos en las mesadas pensionales del régimen de prima media establecidos en la Ley 100 de 1993, no obstante lo anterior, dicha norma no les es aplicable a los docente dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado [...] así las cosas se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989 por la cual es aplicable para el caso concreto [...] en este sentido y con fundamento en la jurisprudencia anteriormente descrita se tiene que lo dispuesto por la Ley 812 de 2003 la cual dio un alto alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993, conllevó a que los mismos aumentaran el monto de cotización respecto solo del 12% en cuando al régimen anterior se aplicara la Ley 81 de 1989 [...]» [transcripción de la grabación de la audiencia que se encuentra en CD f. 68]*

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.-** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Gloria Amparo Cruz Díaz le asiste derecho, o no, para reclamar de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y

---

<sup>2</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

devolución de los descuentos de salud efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia que **accedió** parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de acceder al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de la demandante, en el entendido de que con la expedición de la Ley 812 de 2003 fue derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por tanto a partir de la expedición de dicha norma no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco Jurídico.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes. No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que dispone:

*«ARTÍCULO 279. Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de [...]. Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...].» (Resalta y subraya la Sala).*

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 3° la suscripción de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo texto dispone:

*«Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional».*

Para tal efecto, dicho contrato se celebró con la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta<sup>3</sup> de carácter indirecto y del orden nacional. Sobre la naturaleza de la mencionada entidad fiduciaria la honorable Corte Constitucional, mediante C-783 de 13 de octubre de 1993, enseña:

«[...]

*En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 1984<sup>4</sup> y, de conformidad con lo establecido por el párrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>5</sup>, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.*

[...]

*Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser esta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

[...]

---

<sup>3</sup> Art. 464 del Código del Comercio. - Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%), o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.

<sup>4</sup> «Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento», dictado por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13, numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

<sup>5</sup> «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

*Como objeto de la sociedad figura ‘...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores.’ (Estatutos Sociales, art. 5o.).*

*El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al ‘a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.’.*

*Ese mismo artículo 6o. de los Estatutos Sociales, le permite ‘[...] realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social [...]’. (Subraya la Sala).*

*Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que, en desarrollo de su objeto social, **le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.***

[...]».

Por otro lado, en cuanto a quién debe comparecer en juicio en los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 23 de mayo de 2002, radicado 1423, consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, precisó:

«[...]

*La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80 de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num. 5º inc. 7<sup>6</sup>), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos*

---

<sup>6</sup> «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley».

laborales (artículo 41, parágrafo 2º inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.

Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.

Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual “manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado». Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.

Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.

En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

El artículo 1234 del código citado estatuye que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: [...] 4 Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.

De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón<sup>7</sup>, que “los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o

---

<sup>7</sup> Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42.

*legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente - oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos “derechos reconocidos por la ley sustancial.*

[...]

### **1.3**

#### **El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.**

*La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

*El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

*El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.*

*La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega. “El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales”.*

*De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.*

*En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de*

*representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

*Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.*

[...]».

De conformidad con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá actuar en los procesos en los que se solicite el reconocimiento de derechos pensionales, mientras que la Fiduciaria La Previsora SA ejercerá la representación de dicha entidad en los asuntos relacionados con el pago de beneficios ya adquiridos.

Precisado lo anterior, los artículos 50<sup>8</sup> y 142<sup>9</sup> de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, discurrió así:

«[...]

*En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-*

---

<sup>8</sup> «MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión».

<sup>9</sup> «MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~ PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual" (las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994).

*El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.*

*Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.*

*Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cubija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales».*

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>10</sup>, 732 de 1976<sup>11</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

---

<sup>10</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2°:

*«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).*

*Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».*

**PARÁGRAFO.** *Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».*

<sup>11</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

*«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:*

*1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*

*2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria [...]».*

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negritas fuera de texto).*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>12</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización [...]»<sup>13</sup>.*

---

<sup>12</sup> La Ley 1122 de 2007, «*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*», en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero puntos cinco por ciento (0,5%).

<sup>13</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.»*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.»*

[...]

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.»*

***Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales» (negritas fuera de texto).***

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>14</sup>, preceptúa:

***«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.»***

[...]

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las*

---

<sup>14</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>15</sup>.*

En consecuencia, la Sala observa que si bien es cierto el numeral 5 del artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989,

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**De lo probado en el proceso.** - Respecto de la contienda sometida a juzgamiento, obran en el plenario los siguientes documentos que prestan mérito probatorio y resultan relevantes en punto a su resolución del problema jurídico planteado:

a) Resolución 0966 de 22 de febrero de 2007, proferida por el subsecretario administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por medio de la cual se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, a la docente Gloria Amparo Cruz Díaz, a partir del 5 de junio de 2006, de acuerdo con la aprobación a la liquidación impartida por la Fiduciaria la Previsora S.A. Se aplicaron, entre otras, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 3752 de 2003, 2831 de 2005 y las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 962 de 2005. (fs. 2 a 4).

b) Derecho de petición de 3 de junio de 2017 radiado 20170321481622, donde la actora solicitó se le reintegre con pago efectivo todos los descuentos del 5%, 12% y 12.5% o cualquier otro porcentaje en salud, desde el reconocimiento de la pensión, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (fs. 6 y vto.).

c) Oficio de 29 de agosto de 2017, radicado 2017016103981 mediante el cual la dirección de afiliaciones y recaudo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dio respuesta al derecho de petición elevado por la demandante, donde le informan que: (fs. 7 y vto.).

*«[...] no es posible acceder favorablemente a la petición de la devolución de las sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales de [su] pensión recibida [...]*

*La Fiduprevisora S.A. facultada por lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, realiza los descuentos por aportes a salud del 12% de cada una de las mesadas*

*pensionales que percibe el docente, incluyendo las mesadas adicionales por cuanto el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, así lo establece.*

[...]» [sic]

d) Extracto de pagos proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde indica el extracto de pagos desde el 4-jun-2006 hasta el 31-jul-2017 de la pensionada Gloria Amparo Cruz, donde se evidencia que percibe las mesadas adicionales de junio y diciembre (la cual aparece reflejada en diciembre) y se le realizan descuentos sobre estas sumas (fs. 11 a 13).

e) Resolución 820 de 29 de abril de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del Distrito, mediante la cual se aceptó, entre otras, la renuncia de la señora Gloria Amparo Cruz Díaz, al cargo de docente del colegio Heladia Mejía (IED), jornada tarde (fs. 14 y 15).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la señora Gloria Amparo Cruz Díaz presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de que se declare la nulidad del Oficio 20170161035981 de 29 de agosto de 2017, mediante el cual la vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó reintegro y suspensión de los descuentos de salud del 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Gloria Amparo pretende se ordene a la accionada reintegrar el valor correspondiente al 12% de los descuentos para salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre con los respectivos ajustes de ley, además de que se suspendan esos descuentos.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 0966 de 22 de febrero de 2007 reconoció a favor del docente Gloria Amparo Cruz Díaz una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.121.725 m/cte., a partir del 5 de junio de 2006.

Asimismo, se encontró probado que en las mesadas adicionales que percibe la demandante en el mes de junio y noviembre (que corresponde a diciembre) se efectúan descuentos por salud (fs. 11

a 13), por lo que resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a esos descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003.

Lo anterior, toda vez que tal como se expuso en el acápite normativo de la presente providencia con la expedición de la Ley 812 de 2003 se entiende derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que contemplaba el descuento para salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, por ello a partir de la expedición de la mencionada Ley 812 de 2003 no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión desde el 22 de febrero de 2007 y que aquella presentó la solicitud de suspensión y reintegro de la mesada adicional de junio y diciembre, en cuanto a los aportes dobles de salud se refiere, el día 13 de junio de 2014; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al **13 de junio de 2014**, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Conforme a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará** el fallo de primera instancia que **accedió parcialmente** las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>16</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se **confirmará** la sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Amparo Cruz Díaz en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

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

**FALLA:**

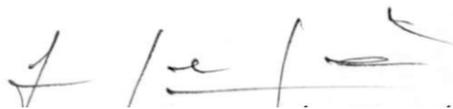
**Primero: Confirmar** la sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Amparo Cruz Díaz en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-018-2018-00067-01  
Demandante : **Gloria Elvira Caicedo de Acero**  
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión de jubilación

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 150 a 162) contra la sentencia del 16 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 136 a 145).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 26). La señora Gloria Elvira Caicedo de Acero, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), para que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) RDP 016469 del 21 de abril de 2017, mediante la cual le fue negada la reliquidación de su pensión; y (ii) RDP 027643 del 07 de julio de 2017, a través de la cual se confirmó el primer acto en todas y cada una de sus partes.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada (i) reliquidar su pensión teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, equivalente a una cuantía de \$ 674.026,96 m/cte., conforme al régimen ordinario de las Leyes 33 y 62 de 1985, y 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; (ii) pagar las diferencias pensionales entre lo que ha cancelado la entidad y que lo que se ordene en la sentencia que

ponga fin al asunto; (iii) reajustar las sumas adeudadas conforme al IPC; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; (v) cancelar intereses moratorios de acuerdo con lo previsto en el inciso 3.º del artículo 192 del CPACA; y (v) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios por más de 20 años en el servicio público, siendo su último cargo el de auxiliar administrativo, código 5120, grado 12 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

Para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 ya había cumplido más de 15 años de servicio, por lo que de acuerdo con el artículo 36 *ibidem* deberá respetársele las garantías y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones anteriores a la norma en mención.

La Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal mediante la Resolución 018364 del 28 de junio de 2005 le reconoció una pensión de jubilación conforme a la Ley 100 de 1993 y los Decretos 01 de 1984 y 1158 de 1994, en cuantía de \$ 505.848,52 m/cte., efectiva a partir del 06 de marzo de 2004, condicionada al retiro definitivo del servicio, el cual tuvo lugar el 1.º de julio de 2004.

El 21 de diciembre de 2016 solicitó ante la entidad accionada el reajuste de su pensión de jubilación a fin de que se incluyeran todos los factores. Petición que fue negada a través de la Resolución RDP 016469 del 21 de abril de 2017. Decisión que, en atención a un recurso de apelación, fue confirmada por medio de la Resolución RDP 027643 del 07 de julio de 2017.

En la liquidación de su pensión únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios, dejando de incluir la prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral y bonificación de recreación, factores que devengó y fueron certificados por la entidad en la que laboró durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio. Lo anterior, pese a tener derecho a la aplicación del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985 con todos los factores devengados entre el 02 de julio de 2003 y el 1.º de julio de 2004.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – La parte accionante citó como disposiciones normativas violadas por los actos acusados los artículos 2, 6, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 10 del Código Civil; Ley 4ª de 1966; Ley 5ª de 1969; Ley 33 y 62 de 1985; Ley 57 de 1987; 136 (inciso 2) de la Ley 100 de 1993; 138 de la Ley 1437 de 2011; así como los Decretos 1743 de 1966 y 3135 de 1968.

Para el efecto, explicó que no fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales a los que tenía derecho de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010. Igualmente, hizo énfasis en que no resulta aplicable a su caso los pronunciamientos sostenidos por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, por cuanto no es posible darle aplicación a criterios de interpretación que puedan desmejorar injustificadamente los derechos de los trabajadores públicos.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 81 a 99) La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que en ningún caso procede la reliquidación pretendida por la actora.

Manifestó que los actos acusados gozan de plena validez y no es procedente acceder a lo peticionado en la demanda, comoquiera que a la señora Caicedo de Acero se le liquidó su pensión con lo preceptuado en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, en cuanto al tiempo de servicio, edad y monto se le aplicó lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, 20 años de servicio, 55 años de edad y un monto del 75%, y en lo que refiere al IBL se le aplicó lo contemplado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017 y SU-023 de 2018, en las que se dispuso que el IBL no forma parte de la transición.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de mayo de 2019 (fs. 136 a 145) negó las pretensiones de la demanda al colegir que la entidad demandada en cuanto a la edad, tiempo y monto (tasa de remplazo) dio aplicación a la Ley 33

de 1985 y respecto a los demás aspectos aplicó lo dispuesto en la parte final del inciso 2.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tomando como base de liquidación el promedio de lo devengado en los últimos 9 años, 11 meses y 5 días, con la inclusión de los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, los cuales corresponden a los efectivamente cotizados. Tesis que se encuentra ajustada a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**La parta demandante** (fs. 150 a 162) Solicitó se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Para el efecto, expuso que no es viable aplicar la jurisprudencia de manera retroactiva, máxime cuando se trata de derechos laborales adquiridos. Sin embargo, subsidiariamente petitionó que, en caso de aplicar la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, se ordene la reliquidación de la prestación conforme se ordena en la mentada providencia, esto es, con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o todo el tiempo cotizado.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 13 de junio de 2019 (f. 164) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 09 de septiembre de 2019 (f. 168), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** – Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 29 de octubre de 2019 (f. 171), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad aprovechada por todas las partes.

**Parte demandada.** - (fs. 172 a 180) Insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó confirmar la decisión recurrida.

**Parte demandante.** - (fs. 181 a 192) Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, consistentes en que le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio. De igual manera, solicitó aplicar el principio de favorabilidad en el sentido de que no podrá reliquidársele la mesada pensional con un valor inferior al ya reconocido.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.**- Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** A la Sala corresponde determinar si a la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero, le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de la accionada la reliquidación de su pensión de vejez, con el 75% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, en atención al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad accionada aplicó correctamente el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, por las razones que se esbozaran en esta providencia.

**Marco normativo.** - Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Régimen de transición.** - La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010,

con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido.

edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».

«[...]

92. 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».**

En esta providencia, se fijaron dos subreglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial señaló:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48,

*para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».*

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones.

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas

posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución 18364 del 28 de junio de 2005 mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal reconoció a favor de la docente Gloria Elvira Caicedo de Acero una pensión de vejez, en cuantía de \$ 505.848,52 m/cte., efectiva a partir del 06 de marzo de 2004. Para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del promedio sobre el salario de 9 años, 11 meses y 5 días, conforme a lo establecido en el artículo

36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 (fs. 2 a 4).

- b. Resolución RDP 016469 del 21 de abril de 2017 por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp) negó la reliquidación pensional solicitada por la aquí demandante, en el sentido de no ser procedente la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio conforme al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 (fs. 7 y 8).
- c. Resolución RDP 027643 del 07 de julio de 2017 a través de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), en atención a un recurso de apelación, confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión contenida en la Resolución RDP 016469 del 21 de abril de 2017, que negó la reliquidación pensional peticionada por la actora (fs. 11 y 12).
- d. Certificación emitida el 24 de abril de 2017 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras”, Regional Bogotá D.C., en la que se señaló que la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero prestó sus servicios en esa entidad desde el 16 de marzo de 1977 hasta el 1.º de julio de 2004, siendo su último cargo el de auxiliar administrativo, código 5120, grado 12. Igualmente, se describieron los factores que devengó desde el 1.º de enero de 2003 hasta el 1.º de julio de 2004, a saber: asignación básica, bonificación de servicios prestados, bonificación de primer semestre (junio), bonificación de segundo semestre (diciembre), vacaciones, prima de vacaciones, bonificación de recreación, subsidio de alimentación y subsidio de transporte (fs. 13 y 14).
- e. Derecho de petición radicado el 21 de diciembre de 2016 por la demandante ante la entidad accionada, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, así como la revisión de la pensión conforme a las Leyes 71 de 1988, 33 y 62 de 1985 (fs. 15 a 18).
- f. Recurso de reposición interpuesto por la demandante en contra de la Resolución RDP 016469 del 21 de abril de 2017 expedida por la S Unidad Administrativa Especial de

Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp) (fs. 20 a 24).

- g. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero, en la que consta que nació el 16 de enero de 1949 (f. 25).
- h. Copia del expediente administrativo correspondiente a la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero (fs. 56 CD y 102 a 124).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de las Resoluciones RDP 016469 del 21 de abril de 2017 y RDP 027643 del 07 de julio de 2017, a través de las cuales la entidad accionada le negó el reajuste de la pensión de jubilación y resolvió desfavorablemente un recurso de reposición interpuesto en contra del primer acto.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año, con aplicación del régimen ordinario de las Leyes 33 y 62 de 1985, y 71 de 1988, en aplicación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El 16 de mayo de 2019 el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad demandada liquidó correctamente la pensión de la demandante, toda vez que en cuanto a la edad, tiempo y monto (tasa de remplazo) aplicó la Ley 33 de 1985; y en lo que respecta al IBL siguió los lineamientos de la Ley 100 de 1993, esto es, tomó como base de liquidación el promedio de 9 años, 11 meses y 5 días, con inclusión de los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

La demandante impugnó la decisión de primera instancia, pues a su juicio le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales que percibió en el año anterior al retiro del servicio. Subsidiariamente, solicitó que, en el evento de aplicarse la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado, pese a no ser procedente la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, proceda a tenerse en cuenta el promedio de lo

devengado en los últimos diez años o todo el tiempo cotizado, tal como se dispone en esa providencia.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp) mediante los actos administrativos censurados negó la reliquidación de la pensión de vejez de la docente Gloria Elvira Caicedo de Acero, la cual fue reconocida a partir del 06 de marzo de 2004, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos 9 años, 11 meses y 5 días, de acuerdo al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

En esos términos, la Sala colige que a la demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión conforme a todo lo devengado en el último año, ya que como quedó ampliamente expuesto en el acápite normativo, las personas beneficiarias del régimen de transición tendrán derecho a conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto entendido únicamente como la tasa de remplazo, sin que en ningún caso se les pueda aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el régimen anterior, por cuanto este asunto fue excluido por el legislador e incluido en el sistema general de pensiones, así, el IBL deberá ser calculado de acuerdo con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden de ideas, independiente de la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que se aplique, el IBL bajo el cual se establecerá matemáticamente el cálculo de las pensiones es el dispuesto en el sistema general de seguridad social.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que los actos administrativos acusados continúan gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

Ahora, en lo concerniente al tiempo que se tuvo en cuenta para efectos de calcular el IBL en la pensión de la señora Caicedo de Acero, habrá que precisarse que la entidad accionada aplicó lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estableció que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional desde la entrada en vigor de esa norma, correspondería al promedio de lo percibido en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Sin embargo, en el caso concreto tanto las pretensiones de la demanda como la reclamación administrativa agotada ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp) se limitaron a obtener la reliquidación pensional conforme a todos los factores salariales percibidos por la actora en el último año de servicio, por lo que no es viable emitir un pronunciamiento en relación con la reliquidación pensional conforme a los factores percibidos durante toda la vida laboral de la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero, máxime cuando tampoco obra el material probatorio que permita vislumbrar que en efecto resultaría una cuantía mensual mayor a la reconocida.

Igualmente, se advierte que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso particular de la aquí demandante, pues la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada providencia, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y*

*ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

sobre el particular, se confirmará la sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp).

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

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Elvira Caicedo de Acero en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), de acuerdo con lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-007-2018-00183-01  
Demandante : **Carlos Javier Cumaco**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 95 a 105) contra la sentencia del 21 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo (7) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 67 a 83).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 13 a 31). El señor Carlos Javier Cumaco, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 2017-55219 de 12 de septiembre de 2012, proferido por el responsable de las funciones del área de atención al usuario (E) de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro, en cuanto al porcentaje de la partida del subsidio familiar (fs. 6 y vto.).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro en cuanto al porcentaje

de la partida del subsidio familiar, esto es, del 18.75% al 62.5%; (ii) indexar las sumas adeudadas; (iv) pagar intereses moratorios sobre los valores que resulte a su favor; (v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por 20 años.

El Ejército Nacional le reconoció y pagó una partida de subsidio familiar que al momento del retiro correspondía al 62.5% de la asignación básica de conformidad a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, la entidad demandada *«le viene computando la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 18.75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30% de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era el 62.5% de la asignación básica»* [sic].

El legislador dejó establecido en el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar sería computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el mismo porcentaje que estaba devengando al momento del retiro.

El 31 de agosto de 2017 con radicado 20170076225 elevó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, es decir, del 18.75% al 62.5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro.

Mediante Oficio 2017-55219 de 12 de septiembre de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el incremento del porcentaje solicitado.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1°, 4°, 42 y 53 de la Constitución Política; 2° y 2.7 de la Ley 923 de 2004; 2°, 5° y 13 del Decreto 4433 de 2004.

El desarrollo legislativo que generó un detrimento y discriminación en aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las FFMM *«quienes venían devengando en actividad del subsidio familiar de conformidad a lo consagrado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, esto es, un 62,5% como resultado del 4% de la Asignación Básica más la prima de antigüedad que es del 58.5%. toda vez que, a partir de la expedición del citado decreto, únicamente se les reconocerá, compartida computable de subsidio familiar, un porcentaje del 30% del valor que venía siendo reconocido en actividad, esto es el 18.75%»* [sic]

Frente a la existencia de 2 normas que regulan la misma materia, se debe tener en cuenta el principio Constitucional que se determina en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, donde se indica que al existir duda en la aplicación de una norma se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad en materia laboral, es decir, se debe optar por la norma más favorable al trabajador.

Para el efecto, afirmó que la inaplicación de las normas en cita desconoce abiertamente el derecho que tiene a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales cuando se dispone realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro sin tomar en consideración los parámetros establecidos para ello.

**Contestación de la demanda.** (fs. 36 a 40) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars (Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Indicó que el acto administrativo expedido está conforme a las normas vigentes para el caso en concreto aplicables a los miembros de las fuerzas militares, por lo que no es procedente declarar la nulidad de la decisión.

Sobre el derecho a la igualdad adujo que solo se predica entre iguales, por lo que en este caso no se ha vulnerado el mencionado derecho, toda vez que el legislador fue el que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través de Decreto 4433, norma que se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su existencia jurídica.

Resaltó que no corresponde a la Caja de Sueldos efectuar interpretaciones ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, indicando que los oficiales y suboficiales tienen una disposición especial, los miembros de la Policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otra normatividad, y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia *«debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en [su] integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde»* [sic]

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Séptimo (7º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 21 de febrero de 2019 (fs. 67 a 82) negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de liquidar la asignación de servicio, atendió la disposición contenida en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, normativa vigente al momento del retiro del señor Carlos Javier, donde se establece que el subsidio familiar debe incluirse en la asignación de retiro en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad.

Norma que empezó a regir el 24 de junio de 2014, por lo que es la norma aplicable en las situaciones pensionales de los soldados profesionales y de los infantes de marina que se consoliden en virtud de este decreto, como en el caso del demandante que adquirió su derecho a devengar la asignación de retiro a partir del 31 de agosto de 2017, por lo que es la norma aplicable.

No le asiste razón al actor al afirmar que el acto administrativo demandado adolece de falsa

motivación, toda vez que se expidió en virtud del artículo 1° del decreto 1162 de 24 de junio de 2014, teniendo en cuenta en la partida del subsidio familiar el 30% del valor devengado en actividad, como lo ordena la norma vigente para el caso.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El señor Carlos Javier Cumaco, parte demandante, inconforme con la decisión emitida por el juez de primera instancia interpuso recurso de apelación (fs. 95 a 105), en el que expuso que se le está vulnerando el principio de igualdad, al existir un porcentaje diferente aplicable para los soldados del Ejército Nacional, sin tener en cuenta que es el personal que está exponiendo su vida constantemente, y reciben un valor inferior comparado con lo que perciben los demás miembros de las fuerzas militares.

Si bien es cierto que en el Decreto 4433 de 2004 no se estableció el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, esta situación fue enmendada con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, donde se señalan diferentes porcentajes que se puede tener en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales *«generándose con ellos una discriminación entre la población en igualdad de condiciones fácticas»*.

No obstante, esta discriminación puede ser subsanada con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 4433 de 2004 que establece que en cualquier tiempo se puede hacer el aumento al porcentaje del subsidio familiar. Razón por la que solicita se revoqué la decisión de primera instancia y en su lugar, se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar el porcentaje en un 62.5% de la partida del subsidio familiar.

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto por la parte demandante fue concedido en auto de 12 de abril de 2019 (f. 129) y admitido por esta Corporación en auto de 19 de septiembre de 2019 (f. 135); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por

estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 18 de diciembre de 2019 (f. 138), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que **no** fue aprovechada por las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor Carlos Javier Cumaco fue liquidada conforme a derecho, o si contrario a ello, debe ser ajusta la partida de subsidio familiar en un porcentaje del 62.5%, teniendo en cuenta que era el porcentaje que estaba percibiendo al momento del retiro.

**Tesis de la Sala.**- En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda al encontrar demostrado en el expediente que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquidó la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1162 de 2014, donde se establece que la partida de subsidio familiar debe incluirse en la asignación de retiro en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, esto, teniendo en cuenta que la mencionada norma empezó a regir el día de su publicación, 24 de junio de 2014, y que el señor Carlos Javier Cumaco adquirió su asignación de retiro a partir el 31 de agosto de 2017.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

<sup>4</sup> Párrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del

---

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales.-**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

### **Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.-**

La Ley 21 de 1982<sup>9</sup>, específicamente en su artículo 1.º, definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuya finalidad es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

---

<sup>9</sup> «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

Pues bien, en lo que se refiere a los soldados profesionales encontramos que solo con la expedición del Decreto 1794 de 2000 (art. 11) adquirieron el derecho al reconocimiento del subsidio familiar equivalente a un 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad<sup>10</sup>, para lo cual debían encontrarse casados o en unión marital de hecho vigente. Disposición que fue derogada por el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, con la salvedad de que quienes ya percibían dicho subsidio continuarían haciéndolo hasta su retiro del servicio, así:

*«Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*

[...]

*Parágrafo primero. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, **continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.**»*

Sin embargo, de manera posterior el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en providencia del 08 de junio de 2017, dentro del proceso 11001032500020100006500 (0686-2010), lo que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

Sobre el particular, se precisa que si bien los soldados profesionales con la expedición del Decreto 1794 de 2000 adquirieron el derecho a percibir el subsidio familiar, lo cierto es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>11</sup> no lo consagró como partida computable para liquidar la asignación de retiro de ese personal, situación distinta a la de los oficiales y suboficiales, a quienes si se les incluyó para esos efectos.

Por lo anterior, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, con ponencia de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, sostuvo que con fundamento en el principio a

---

<sup>10</sup> «Parágrafo segundo. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto (sic) 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual».

<sup>11</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

la igualdad para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debía incluirse el subsidio familiar, siempre y cuando lo hayan devengado y/o tengan requisitos para ser beneficiarios de dicha prestación.

Ahora, de manera posterior, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, fue expedido el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>12</sup>, por medio del cual se creó a partir del 1.º de julio de 2014 el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no percibían ese subsidio regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual por disposición del legislador (art. 5) fue incluido como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente a un 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo. Específicamente la norma en cita señala:

*«**ARTÍCULO 5º.** A partir de julio del 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

Asimismo, se expidió el Decreto 1162 de 2014<sup>13</sup>, en el que se previó que a partir de julio de 2014 el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro se encuentren devengando el subsidio familiar regulado por los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, tendrán derecho a que dicho factor se les tenga en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente al 30% de dicho valor, así:

*«**ARTÍCULO 1.** A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de*

<sup>12</sup> Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

<sup>13</sup> Por medio del cual se dictaron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes profesionales de las Fuerzas Militares.

*dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

En esos términos, solo a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, puede considerarse el subsidio familiar como una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales.

Por su parte, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, concluyó que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales y, por tanto, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 las partidas computables son las siguientes:

*«[...] - Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*

*- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*

*- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>142</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>143</sup>.»*

En resumen, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la referencia coligió que únicamente los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tienen derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, toda vez que antes no se encontraba definido en la ley o decreto como tal.

Lo anterior, con la aclaración de que el porcentaje en el que deberá incluirse el subsidio familiar depende de dos situaciones: (i) si al momento del retiro el soldado profesional o infante de marina profesional se encontraba percibiendo el subsidio familiar regulado en el Decreto

1794 de 2000 sería en el equivalente al 30%; y (ii) si para el momento del retiro no percibía el subsidio familiar sería en el equivalente al 70%.

**Material probatorio objeto de estudio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 31 de agosto de 2017 por el demandante ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de obtener el reajuste de la asignación de retiro en la partida del subsidio familiar, en un porcentaje del 62.5%, porcentaje que venía percibiendo antes del retiro (fs. 3 y 4).
- b) Oficio consecutivo 2017-55219 de 12 de septiembre de 2017, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, al considerar que no puede incluir el porcentaje solicitado, pues la entidad aplicó lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 donde se establece que el porcentaje que se debe tener en cuenta para la partida computable del subsidio familiar en la asignación de retiro es del 30% de lo que devengaba en actividad ( fs. 6 y vto.).
- c) Certificación de 12 de septiembre de 2017, donde consta que el soldado profesional del Ejército Carlos Javier Cumaco en la asignación de retiro se le reconoció el SMLMV + 40%, la prima de antigüedad y el subsidio familiar en un 30% del sueldo básico (f. 9).
- d) Hoja de servicio 3-5973073 de 2 de junio de 2017, donde se observa que el señor Carlos Javier, laboró en las Fuerzas Militares por 20 años, 5 meses y 8 días y percibía además de salario básico, prima de antigüedad y subsidio familiar (fs. 10 y vto.
- e) Resolución 5358 de 30 de junio de 2017, proferida por el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del soldado profesional del Ejército Nacional Carlos Javier Cumaco, teniendo en cuenta, entre otras, que laboró un tiempo de 20 años, 5 meses y 8 días, y que el estado civil era unión libre, acto administrativo en el que resolvió: (s. 11 y 12).

«[...]

**ARTÍCULO 1º.** Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de retiro a favor del señor Soldado Profesional (r) del Ejército CARLOS JAVIER CUMACO nacido el 14 de mayo de 1978 [...] con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 31 de agosto de 2017, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 del 30 de Diciembre de 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 794 de 2000).
  - 
  - Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.
  -
- [...]» [sic para toda la cita]

**Caso concreto.** - El señor Carlos Javier Cumaco a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro teniendo en cuenta en la partida de subsidio familiar un porcentaje del 62.5% de la asignación básica.

Al respecto, el Juzgado Séptimo (7.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia de 21 de febrero de 2019 negó las pretensiones de la demanda al considerar que la partida de subsidio familiar debe aplicarse de acuerdo a lo determinado en el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, normativa vigente para el caso, el cual indica que dicha partida debe incluirse en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, lo que efectivamente realizó la entidad, como se puede ver en la Resolución 5358 de 2017.

El señor Carlos Javier Cumaco, a través de apoderado interpuso recurso de apelación, para lo cual argumentó que en virtud del derecho a la igualdad, debe aplicarse, en relación a la partida de subsidio familiar, el mismo porcentaje que venía percibiendo antes del retiro es decir, en un 6.5%, teniendo en cuenta que son el personal más vulnerable de la institución, ya que están en un riesgo constante y por esa razón no deben tener un trato discriminatorio frente a los demás retirados de la Fuerza Pública

En esos términos, ha de precisarse que el demandante prestó sus servicios en la institución demandada hasta el 31 de agosto de 2017, fecha en que cumplió los 3 meses de alta, momento en el que devengaba, sueldo, seguro de vida subsidiado, subsidio familiar y prima de antigüedad, como se puede observar a folio 10 del expediente.

Se evidencia de la hoja de servicios del señor Carlos Javier, que estuvo vinculado al Ejército Nacional por 20 años, 5 meses y 8 días, que percibió la suma de \$645.502 por concepto de subsidio familiar. Mediante Resolución 5358 de 30 de junio de 2017 se le reconoció asignación de retiro por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 31 de agosto de 2017, donde se incluyó la partida de subsidio familiar con un 30% de lo devengado en actividad, de conformidad a lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

En efecto, se encuentra demostrado en el expediente que la Caja de retiro de las Fuerzas Militares al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, lo realizó en virtud de lo señalado en el Decreto 1162 de 2014, que es la normatividad vigente aplicable al demandante, donde se establece que la partida de subsidio familiar debe incluirse en la asignación de retiro en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, teniendo en cuenta que la mencionada norma empezó a regir el día de su publicación -24 de junio de 2014, y que el actor adquirió su asignación de retiro a partir el 31 de agosto de 2017.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte demandante al afirmar que el acto administrativo enjuiciado adolece de falsa motivación, pues no logró desvirtuar que haya sido expedido bajo normatividad no aplicable al caso. Pues se evidencia que el Oficio 2017-55219 de 12 de septiembre de 2017 cuya nulidad se pretende, se profirió teniendo en cuenta el Decreto 1162 de 2014, norma vigente al momento del retiro, donde se especifica que la partida del subsidio familiar forma parte de la asignación de retiro en un 30% del valor devengado en actividad, lo que acató la entidad en la resolución de reconocimiento.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia al considerar que en efecto la asignación de retiro se liquidó de conformidad al Decreto 1162 de 2014 en relación con la partida del subsidio familiar, donde se tuvo en cuenta el 30% de lo devengado en

actividad, es decir de forma incorrecta, tal como quedó ampliamente expuesto en párrafos precedentes.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia proferida el veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Séptimo (7.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual **negó** las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia proferida el veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Séptimo (7.º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual **negó** las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor Carlos Javier Cumaco contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), de

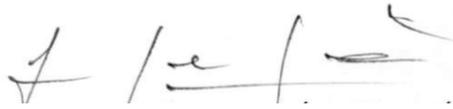
conformidad a lo expuesto en la providencia.

**Segundo-** Sin condena en costas, en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch.

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortogón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334205620180022601  
Demandante : **Jhon Alexander Chacón Pérez**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 73 a 78) contra la sentencia del 19 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 65 a 70).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 13 a 27) El señor Jhon Alexander Chacón Pérez, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad del Acto Administrativo 2017-53547 del 5 de septiembre de 2017, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) liquidar la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5% de la prima de antigüedad y (b) liquidar la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad ; (ii) ajustar

la asignación de retiro año por año, a partir del momento en que le fue reconocida; (iii) indexar las sumas adeudadas, de conformidad con los artículos 187 del CPACA y 280 del CGP; (iv) pagar intereses moratorios sobre los valores que resulten a su favor; y (v) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional y posteriormente se vinculó como soldado voluntario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985.

Por disposición del Ejército Nacional a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la institución.

Previo al cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil mediante la Resolución 4631 del 07 de junio de 2017 le reconoció una asignación de retiro.

El 24 de agosto de 2017 radicado 20170073518 solicitó ante la accionada el reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión de la prima de navidad y la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Petición que fue negada el 5 de septiembre de 2017 por medio del Acto Administrativo 2017-53547.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por el acto demandado el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política. Igualmente, consideró que se desconocieron las Leyes 131 de 1985; 4ª de 1992; y 923 de 2004; así como los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Para el efecto, afirmó que la entidad accionada le reconoció erróneamente la asignación de retiro, toda vez que le fue liquidada teniendo en cuenta el salario básico incrementado en un

40%, cuando correspondía a un incremento de un 60%, tal como lo aclaró el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado 85001333300220130006001 (3420-2015).

Igualmente, indicó que desde el reconocimiento de la asignación de retiro también le están liquidando mal, puesto que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) le aplica el 70% a la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que conlleva a una doble afectación de la partida de la prima de antigüedad.

**Contestación de la demanda.** - La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), pese haber sido debidamente notificada no contestó la demanda (folio 40).

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2019 (fs. 65 a 70) accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó a la demandada liquidar la asignación de retiro en cuantía equivalente al 160% del salario mínimo legal mensual vigente y duodécima parte de la prima de navidad, resultado al que se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad liquidada sobre el 160% del salario mínimo legal mensual vigente. Además declaró que no operó la prescripción, por lo que se debería tomar como fecha de efectividad el 30 de junio de 2017.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada.** - (fs. 73 a 78) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) inconforme con la decisión emitida por el juez de primera instancia interpuso recurso de apelación, en el entendido de que el Decreto 1794 de 2000 en forma taxativa consagró los parámetros condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la prima de navidad. En cuanto a la prima de antigüedad manifestó

que la forma de su liquidación deviene de una norma especial que prima sobre las normas generales y deroga las que le sean contrarias.

Insistió en que así la hoja de servicios estableciera un porcentaje de la prima de navidad, tampoco sería viable su reconocimiento puesto que el legislador no lo contempló.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandada fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto del 4 de abril de 2019 (f. 82) y admitido por esta Corporación en auto del 19 de julio de 2019 (f. 100); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 4 de octubre de 2019 (f. 102), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por ninguna de las partes, ni la agencia estatal.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor Jhon Alexander Chacón Pérez fue liquidada conforme a derecho o, si contrario a ello, debe ser reajustada.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda al encontrar que al actor le asiste derecho al reajuste de su asignación de retiro, puesto que la entidad demandada incurrió en un error al aplicar la fórmula dispuesta para el reconocimiento de esa prestación económica. Sin embargo, la entidad accionada en lo que concierne a la prima de navidad reclamada, actuó conforme a derecho al negar su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro del señor Jhon Alexander Chacón Pérez, ya que esa prima no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para ese efecto, de acuerdo con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

#### **De la asignación de retiro. –**

La asignación de retiro fue creada como una prestación social que se asimila a la pensión de vejez o jubilación, a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acrediten ciertos requisitos dependiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.<sup>2</sup>

En lo que aquí interesa, desarrollaremos lo correspondiente al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual lo primero que ha de precisarse es que nos encontramos con un grupo de soldados que ingresaron directamente a las Fuerzas Militares como soldados profesionales y, por otro lado, con aquellos soldados que se incorporaron como voluntarios y posteriormente pasaron a ser soldados profesionales.

En ese orden, es necesario remitirnos a la Ley 131 de 1985, que en su artículo 2.º previó que podrían prestar servicio militar voluntario aquellos que se encontraran prestando el servicio militar obligatorio y manifestaran su deseo de continuar incorporados, previa

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

autorización del comandante de la respectiva fuerza.

A su vez, en el artículo 4.º *ibidem* se dispuso que quienes prestaran servicio militar voluntario tendrían derecho a devengar una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, sin que dicha suma fuese superior a los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto; asimismo, en el artículo 6.º *ibidem* se instituyó que el soldado voluntario que fuera dado de baja gozaría por una sola vez del pago equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar, sin que aquellos soldados tuviesen una prestación periódica por retiro.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 1.º precisó que dichos soldados son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

De igual manera, en el párrafo del artículo 5.º del decreto en comento se previó que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de 1985, que tuvieran la intención de continuar como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados a partir del 1.º de enero de 2001 con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en meses. Personal a quienes les resulta aplicable de manera integral lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, exceptuando el porcentaje de la prima de antigüedad, pues en lo concerniente a este factor, se les mantuvo el que tenían al momento de la incorporación a ese nuevo régimen.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000<sup>3</sup>, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1.º dispuso que la asignación salarial mensual de este personal equivaldría a un salario mínimo legal

---

<sup>3</sup> El Decreto 1794 de 2000 fue expedido en desarrollo del artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual dispuso que el Gobierno Nacional expediría con fundamento en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos.

vigente incrementado en un 40% del mismo salario. Sin embargo, para aquellos soldados que se encontraran incorporados a 31 de diciembre de 2000, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, se conservó el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal vigente, además, con la precisión de que a dichos soldados debía respetárseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen<sup>4</sup>.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>5</sup> dejó claro que de conformidad con el inciso 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por primera vez, a partir del 1.º de enero de 2000, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%; y de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1.º *ibidem* la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Interpretación que fue reiterada en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

Precisado lo anterior, nos referiremos a la asignación de retiro de los soldados profesionales, para lo cual debemos resaltar que sólo con la expedición del Decreto 2070 de 2003<sup>6</sup> se consagró esa prestación periódica para ese personal, pues en su artículo 16 estipuló que tendrían derecho al reconocimiento de una asignación de retiro aquellos soldados profesionales o voluntarios que posteriormente se incorporaron como profesionales, siempre que acreditaran 20 años de servicio, prestación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1<sup>7</sup>, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la asignación sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

---

<sup>4</sup> Parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>6</sup> Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Artículo 13, numeral 2.1 del Decreto 2070 de 2003 «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.». Artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 «Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).»

No obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado Decreto 2070 de 2000. Por lo tanto, el Congreso de la República mediante la Ley 923 de 2004 fijó las directrices para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y, en tal virtud, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 16 determinó que cuando los soldados profesionales cumplan 20 años de servicio tendrán derecho a percibir después de que terminen los tres meses de alta, una asignación de retiro.

Sobre el particular, se resalta que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, esto es, al salario mensual determinado en el inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, que corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% cuando se trate de aquellos que se vincularon directamente como soldados profesionales; y a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios en virtud de la Ley 131 de 1985 y posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales.

Adicionalmente, deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe tenerse en cuenta que el 70% se le aplica únicamente a la asignación salarial y luego se le adiciona el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que el soldado profesional devengue al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, para lo cual debe aplicarse la siguiente fórmula:  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$ .

Cabe resaltar que la anterior interpretación se encuentra fundamentada en la normativa citada y en lo expuesto por el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>8</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

### **Prima de navidad en el caso particular de los soldados profesionales. –**

El Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5.º, previó que aquel personal que se encuentre en servicio activo tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad, equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual debe ser pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, la prima de navidad en mención no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como si se dispuso para el grupo de oficiales y suboficiales.

En razón a ello, surgieron situaciones en las que se invocó la garantía al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. No obstante, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, dejó claro que por disposición del legislador se excluyó la prima de navidad como partida computable en el caso de los soldados profesionales, además, resaltó que no puede considerarse que esa normativa contraríe o atente contra el artículo 13 constitucional, puesto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio.

En esos términos, ha de entenderse que al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe incluirse las partidas estipuladas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, además de las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa y sobre los cuales se efectúen las respectivas cotizaciones.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 24 de agosto de 2017 por el señor Jhon Alexander Chacón Pérez ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de obtener el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2000 y la inclusión de la prima de navidad (fs. 3 a 5).
- b) Oficio 2017-53547 del 5 de septiembre de 2017, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor (fs. 6 y 7).
- c) Certificación emitida el 6 de septiembre de 2017 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Jhon Alexander Chacón Pérez en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Batallón de A.S.P.C # 21 José María Acevedo y Gómez en Bogotá D.C. (f. 8).
- d) Hoja de servicios identificada con el consecutivo 3-91133446 del 31 de marzo de 2017, en la que se observa que el demandante prestó servicio militar desde el 8 de enero de 1997 hasta el 31 de julio de 1998; posteriormente fue soldado voluntario entre el 13 de junio de 1998 hasta el 31 de enero de 2003; y estuvo como soldado profesional desde el 1.º de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2017, fecha en la que inició sus tres meses de alta por tener derecho a la pensión. Igualmente, se tiene que percibió sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar y seguro de vida (f. 9).
- e) Resolución 4631 del 07 de junio de 2017, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Jhon Alexander Chacón Pérez, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 10 y 11).

**Caso concreto.** - El señor Jhon Alexander Chacón Pérez a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima; e incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica.

Pues bien, en principio se advierte que comoquiera que el demandante se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó como soldado profesional, tenía derecho a **remuneración mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985 y el art. 1 del Decreto 1794 de 2000, conforme se expuso en el acápite del marco normativo.

Ahora, teniendo en cuenta que la **asignación de retiro** de los soldados e infantes voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo, se establece que la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgar.

En relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados profesionales es computable para efecto de la liquidación calculando el 38.5% a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, siendo el salario básico mensual para el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

No obstante, de la certificación que obra a folio 12 del expediente se desprende que en el caso concreto la asignación de retiro del señor Chacón Pérez fue computada teniendo en cuenta el 70% de la suma del salario básico (que a su vez es el resultado del salario mínimo

incrementado con el 40%) y la prima de antigüedad (calculada en el 38.5% del salario mínimo con el incremento del 40%). Por tanto, deberá ajustarse en los términos dispuestos en la **sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**, esto es, para el caso particular «(salario incrementado en el 60% x 70%) + (salario incrementado en el 60% x 38.5%) = Asignación de Retiro».

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del juez de primera instancia al considerar que en efecto la entidad demandada al reconocerle la asignación de retiro del señor Chacón Pérez aplicó de forma incorrecta la fórmula dispuesta para ello.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la prima de navidad, cabe resaltar que conforme a las normas señaladas en el acápite normativo y en aplicación de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado, el soldado profesional Jhon Alexander Chacón Pérez al haber causado su derecho a la asignación de retiro tenía derecho a la inclusión únicamente de la asignación básica y la prima de antigüedad como partidas computables para liquidar dicha prestación económica.

Repárese que la prima de navidad reclamada por el demandante en el presente asunto no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados e infantes profesionales.

Por último, la Sala precisa que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emitida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Por consiguiente, se modificará la sentencia proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial

de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto, esto es, excluyendo la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro del actor.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero. - Modificar** la sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de excluir la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro del señor Jhon Alexander Chacón Pérez, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Confirmar** en lo demás la sentencia impugnada.

**Tercero.** - Sin condena en costas.

**Cuarto.** - Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334205020180022601  
Demandante : **Fidel Arturo Duarte Sotelo**  
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP  
Medio de control : **Ejecutivo laboral**  
Tema : Pago intereses moratorios derivados del incumplimiento de sentencia judicial (reliquidación pensión ordinaria)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad ejecutada contra la sentencia de 30 de abril de 2019 proferida en audiencia por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual ordenó seguir adelante la ejecución.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fls. 2 a 9) El señor Fidel Arturo Duarte Sotelo, por conducto de apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción formulando demanda ejecutiva (artículos 297 y 298 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp, con el fin de obtener el pago de los intereses moratorios derivados de la sentencia judicial proferida por el entonces Juzgado Sexto (6º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 28 de julio de 2011 confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 24 de mayo de 2012, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 14 de diciembre de 2012.

**Fundamentos fácticos.-** La parte ejecutante como soporte de la demanda ejecutiva, señaló los siguientes hechos:

Mediante sentencia judicial proferida el 28 de julio de 2011, por el Juzgado Sexto (6º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 24 de mayo de 2012, se condenó a la ya liquidada Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL – EICE, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor Fidel Arturo Duarte Sotelo, tomando como base la totalidad de los factores salariales.

La sentencia judicial le ordenó a la extinta Caja Nacional de Previsión Social EICE, dar cumplimiento a la misma dentro de los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Mediante petición de 22 de febrero de 2013 se solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, el cumplimiento del fallo judicial.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, mediante Resolución RDP 039537 del 28 de agosto de 2013 dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Sexto (6°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, confirmado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de reliquidar la pensión de jubilación del actor.

En el mes de diciembre de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, reportó *«la novedad de inclusión en nómina de la(s) anterior(es) resolución(es), cancelando...como a continuación se muestra en el resumen final de liquidación detallada...»*, así:

<b>CONCEPTO</b>	<b>12%C</b>	<b>12.50%</b>	<b>MESADA ADICIONAL</b>	<b>TOTALES</b>
<b>Mesadas</b>	33.899.050,55	9.641.349,36	7.710.779,68	51.251.179,59
<b>Indexación</b>	2.132.998,61	1.813.679,77	728.713,63	4.675.392,01
<b>Intereses</b>	0,00	0,00	0,00	0,00

Señaló que no se le incluyó lo correspondiente al pago de los intereses moratorios, de conformidad a lo establecido en el artículo 5° del artículo 177 del C.C.A., los cuales fueron ordenados en la sentencia judicial y reconocidos en el acto administrativo de cumplimiento.

El 7 de octubre de 2013 solicitó a la entidad que asumiera el reconocimiento y pago de los intereses aquí reclamados, petición a la cual la entidad no accedió.

**Mandamiento de pago.-** (folios 81 a 85) Mediante providencia de 28 de junio de 2018, el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, libró mandamiento de pago en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp a favor del señor Fidel Arturo Duarte Sotelo, por la suma de:

*«[...] QUINCE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$ 15.583.200), [...] por concepto del valor en pesos de los intereses moratorios causados a partir de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, es decir, 14 de diciembre de 2012»*

**Contestación de la demanda.-** (fs. 104 a 109). La entidad ejecutada, a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, solicitando revocar el mandamiento de pago y proponiendo las excepciones de: «caducidad de la acción ejecutiva» «prescripción» y «genérica».

Argumentó que de acuerdo con lo establecido por el Decreto 1848 de 1969, las prestaciones prescriben en el término de tres años, contados a partir de la última petición, razón por la cual señala están prescritas todas las obligaciones pensionales, intereses corrientes y/o moratorios, indexación que se hubiese causado.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 30 de abril de 2019 (fs. 120 a 126), señaló frente a las excepciones de caducidad de la acción ejecutiva y genérica, que las mismas no eran procedentes en el proceso ejecutivo, comoquiera que las mismas no se encontraban enlistadas en el artículo 442 del Código General del Proceso, por lo que solo se procedió a estudiar frente a la prescripción la cual declaró no probada y ordenó seguir adelante con la ejecución.

Señaló que no existe prueba de que se haya cancelado los intereses moratorios por parte de la Ugpp, por cuanto en la Resolución RDP 039539 del 28 de agosto de 2013 no se hizo reconocimiento alguno de intereses moratorios, que de acuerdo con la normatividad aplicable se causan desde el día de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se incluya en nomina el pago de la condena ordenada conforme lo establece el artículo 177 del C.C.A.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Ugpp interpuso recurso de apelación en la misma audiencia, indicando que la entidad dio cumplimiento al fallo proferido mediante el acto administrativo demandado, ordenando cancelar al demandante todos los emolumentos ordenados en el fallo objeto de ejecución, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda frente a la prescripción.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en audiencia del 30 de abril de 2019 (f. 120) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 19 de julio de 2019 (f. 137), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.-** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019 (f. 150), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte ejecutada.

**Entidad ejecutada.-** (fs. 151 a 154). Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación; y agregó que en el caso del señor Fidel Arturo Duarte, se efectuó la liquidación del crédito frente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 177 del CCA, liquidados sobre el pago de la condena impuesta en la providencia objeto de recaudo ejecutivo pero no por el valor de \$15.853.200, sino por la suma de \$10.113.624, tal como se evidencia en el acta 2090 de fecha 29 de abril de 2019, resaltando que siempre ha tenido el ánimo en el sentido de reconocer y pagar los intereses

moratorios.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia de 30 de abril de 2019 (fs. 120 a 126), a través de la cual el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, donde declaró no probada la excepción de prescripción y ordenó seguir adelante con la ejecución, dentro del proceso de la referencia.

**Problema jurídico.-** Se contrae a determinar si al ejecutante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp) el pago de los intereses moratorios ocasionados como consecuencia de las sentencias que constituyen el título ejecutivo en este proceso.

**Tesis de la Sala.-** En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó seguir adelante con la ejecución del crédito, comoquiera que no se configuro la excepción de prescripción y no se probó el pago total de la obligación por concepto de intereses moratorios de conformidad con las razones que se pasan a exponer.

**Marco normativo.-** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Criterios del reconocimiento de los intereses moratorios.-** La Sala considera pertinente indicar la regulación otorgada al cumplimiento de las sentencias judiciales, el pago de los intereses moratorios y la forma de liquidación, de conformidad con las normas y pronunciamientos jurisprudenciales realizados con ocasión del tema.

Sea lo primero advertir que la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto emitido el 29 de abril de 2014, con ocasión del interrogante planteado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del «...régimen jurídico aplicable en caso de mora en el pago de las sentencias proferidas y conciliaciones aprobadas por la

*Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con posterioridad al 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011», consideró lo siguiente:*

**«1. La Ley 1437 de 2011, en los artículos 308 y 309, consagró el régimen de transición y vigencia y las normas que derogó, respectivamente. La vigencia del nuevo Código se dispuso a partir del 2 de julio de 2012 y se ordenó aplicarla a todos los procesos, demandas, trámites, procedimientos o actuaciones que se inicien con posterioridad a dicha fecha, pero también expresamente se señaló que los que estuvieran en curso al momento de entrar a regir, seguirían siendo gobernados por el régimen jurídico precedente. Además, derogó, entre otras normativas, el Decreto Ley 01 de 198.**

**Por lo tanto, a los trámites, procesos, actuaciones, procedimientos, demandas y actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012 se les aplica, en estricto rigor, el Decreto Ley 01 de 1984, desde su inicio y hasta su culminación, independientemente de la fecha en que ocurra esta última.**

*2. Para atender el pago de las condenas judiciales, las entidades deben efectuar los aportes de que trata el artículo 194 al Fondo de Contingencias creado por la Ley 448 de 1998, antes de que la condena quede en firme. Este deber de aportar al fondo se impone a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, de modo que no es posible pagar con cargo a este una condena ocurrida con posterioridad al 2 de julio de 2012, pero cuya demanda haya sido interpuesta previamente, por cuanto la suma para el pago no está aprovisionada. Así, mientras se reglamenta y se realizan los aportes correspondientes al fondo, el pago de las sentencias condenatorias y conciliaciones debe ser atendido con cargo a los correspondientes rubros del presupuesto asignado a las entidades estatales.*

*3. El trámite de pago de condenas judiciales o conciliaciones previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituye un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción. Se concreta en simples actos de cumplimiento o de ejecución de las sentencias condenatorias o las conciliaciones, de manera que no representan la culminación de una actuación administrativa, ni pueden por lo mismo tener un tratamiento separado de la causa que las origina.*

*4. En consecuencia, la naturaleza de la actuación de liquidación y pago de la sentencia o conciliación, no es el criterio que permita la aplicación de la Ley 1437 de 2011, por cuanto hace parte de la fase de ejecución de dichas providencias judiciales y de cumplimiento de la decisión contenida en estas con fuerza de cosa juzgada.*

**5. No obstante, la Ley 1437 de 2011 si es aplicable para el reconocimiento y liquidación de los intereses de mora derivados del pago de las sentencias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción, cuyo cumplimiento corresponda a partir de su vigencia.**

**En efecto, como se explicó, si la trasgresión de la obligación de pago de una suma de dinero impuesta a una entidad estatal en una sentencia o derivada de una conciliación se produce en vigencia de una ley posterior que**

**sanciona esa conducta de manera diferente a como lo hacía otra anterior que regía al momento en que se interpuso la demanda o solicitud que dio lugar a la respectiva providencia que reconoce el crédito judicial, es aquella y no esta última la aplicable. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.**

**6. Por consiguiente, a la luz de las reglas de las obligaciones y de la dinámica propia de la institución de la mora de las prestaciones, la Ley 1437 de 2011, en particular lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 195, en concordancia con el inciso segundo del artículo 192 ibídem, es aplicable en materia de reconocimiento y liquidación de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión judicial, a la tasa DTF o a la tasa comercial, según el período de la mora, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia o conciliación proferida con posterioridad a su entrada en vigencia (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta fecha.**

Conforme a lo expuesto, la Sala RESPONDE:

*¿Cuándo una entidad deba dar cumplimiento a una sentencia o conciliación proferida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta fecha; ¿se debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 o con las disposiciones para la liquidación de intereses moratorios del Decreto 01 de 1984?*

**La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley'» (Subraya la Sala).**

Como se advierte de las disposiciones transcritas, la Sala de Consulta referida no desconoce el régimen de transición procesal que contiene el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto indicó que el nuevo código se aplica a partir del 2 de julio de 2012 a los procesos, demandas, trámites, procedimientos o actuaciones que se inicien con posterioridad a dicha fecha y que los vigentes al momento de la entrada en vigor de la ley

mencionada se regulan por el régimen jurídico precedente, es decir el Decreto 01 de 1984.

Sin embargo, aduce que la Ley 1437 de 2011, es aplicable para el reconocimiento y liquidación de los intereses moratorios derivados del pago de las sentencias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción **cuyo cumplimiento corresponda a partir de su vigencia**, es decir que si la infracción a la obligación se produce en vigencia del nuevo código la sanción de la conducta se aplicará de conformidad con lo dispuesto en la vigente legislación. Aunado a lo anterior, aclara que si el incumplimiento se inicia antes del tránsito de la legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, **el pago de los intereses deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.**

Lo que en efecto significa que i) si el título ejecutivo se constituye bajo en imperio del Decreto 01 de 1984 y se transgrede la obligación en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la sanción se aplicará conforme a esta última norma y ii) si el incumplimiento se inicia antes de la vigencia del nuevo código y se prolonga el pago de la sanción se deberá liquidar por separado aplicando las dos normas de manera concomitante.

Con ocasión al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, profirió providencia el 20 de octubre de 2014, apartándose de la posición y argumentó lo siguiente:

*« [...] En conclusión, el art. 308 del CPACA regía este tema, y conforme a él se debe resolver la cuestión. En los términos expresados, Sala concluye que:*

*i) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA y cuya sentencia también se dictó antes, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del art. 308.*

*ii) Los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA y cuya sentencia se dicta después, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición expresa del art. 308 de este.*

*iii) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA, y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al art. 195 del CPACA».*

De lo anterior, se colige que el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establece que la mora en el pago de una condena líquida de dinero

causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial a partir del primer día de retardo, y por el contrario el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) contiene dos tasas de mora i) dentro de los 10 primeros meses de retardo se paga el Depósito a Término Fijo (DTF) y ii) después de este término, el interés corresponde a la tasa comercial.

De igual manera aclaró, que el régimen de transición procesal del artículo 308 del CPACA, determina que las demandas presentadas antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, continúan su trámite hasta culminarlo con el Decreto 01 de 1984 y las demandas presentadas en vigencia de la nueva legislación avanzaran y culminaran conforme a este último régimen, es decir le es aplicable de manera integral en los dos casos referidos el estatuto procesal con que se inició el trámite.

Así mismo, de manera enfática expresó que difiere del concepto de la Sala de Consulta, toda vez que, los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984 contienen el artículo 177 ibídem, como norma que regula los intereses en caso de retardo en el pago de la obligación, ahora bien, los procesos en los que la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, tienen como norma respecto del pago de los intereses el artículo 195, y en su sentir la intención de la transición procesal comprende la sentencia y sus efectos por tanto el régimen de interés de mora es diferencial en ambos estatutos, y se aplicará según la normativa que rigió el proceso.

En síntesis adujo, que no es prudente combinar o mezclar dos regímenes como lo señala el concepto bajo estudio, en razón a que la mixtura de disposiciones contraria la transición procesal del artículo 308, y desestima el fundamento de esa Sala de Consulta de considerar la procedencia de la aplicación del artículo 38.2 de la Ley 153 de 1887, porque las reglas allí previstas no son absolutas y adicionalmente porque la jurisdicción contenciosa cuenta con norma especial que absuelve los interrogantes referentes a la correcta aplicación de las disposiciones.

Concluyó entonces que i) los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 y cuya sentencia se emitió de manera previa a esa disposición, causan intereses de mora en caso de retardo en el pago conforme al artículo 177 del

Decreto 01 de 1984 y ii) los procesos cuya demanda se presentó antes de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y cuya sentencia se dicta después, causan intereses de mora, de igual manera de acuerdo al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia por disposición expresa del artículo 308 del nuevo código contencioso.

Más tarde el Decreto 1068 de 26 de mayo de 2015 «*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*», respecto del cumplimiento de sentencias y conciliaciones con recursos del presupuesto general de la Nación, señaló lo siguiente:

«TÍTULO 6  
CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS Y CONCILIACIONES  
CAPÍTULO 1

*PAGO DE SENTENCIAS CON RECURSOS DEL PRESUPUESTO GENERAL  
DE LA NACIÓN*

*ARTÍCULO 2.8.6.1.1. Remisión al órgano condenado u obligado. A partir del 1 de marzo de 1995 los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales deben ser remitidos por la autoridad judicial o la administrativa que los reciba, al órgano condenado u obligado.*

*Cuando dos o más entidades públicas resulten obligadas a pagar sumas de dinero y no se especifique en la respectiva providencia la forma y el porcentaje con que cada entidad deberá asumir el pago, la obligación dineraria será atendida conforme a las siguientes reglas:*

*1. En conflictos de naturaleza laboral, el pago deberá atenderse en su totalidad con cargo al presupuesto de la entidad en la que preste o prestó el servicio en forma personal y remunerada el servidor público beneficiario de la sentencia, laudo o conciliación derivada de la relación laboral.*

*2. En conflictos de naturaleza contractual, deberá afectarse el presupuesto de la entidad que liquidó el contrato o, en su defecto, de la que lo suscribió.*

*Cuando la causa de la condena proviniere del ejercicio de las potestades excepcionales al derecho común consagradas en la Ley 80 de 1993 o en normas posteriores que la modifiquen, adicionen o complementen, deberá afectarse el presupuesto de la entidad que expidió el respectivo acto administrativo.*

*A falta de cualquiera de las anteriores hipótesis, el cumplimiento del pago de la*

*condena deberá estar a cargo de la entidad que se benefició con la prestación contractual.*

*3. En conflictos de naturaleza extracontractual, deberá afectarse, en su orden, el presupuesto de la entidad responsable de la custodia y guarda del bien que produjo el hecho dañoso; o el de la entidad a la que prestaba sus servicios el servidor público que causó el perjuicio o incurrió en vía de hecho; o el de la entidad que omitió el deber legal que generó la condena; o el de la entidad que produjo la operación administrativa u ocupó inmuebles en los términos del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*PARÁGRAFO 1. Cuando una entidad pública sea condenada al pago de una indemnización, bonificación, salario o cualquier otra prestación laboral en beneficio de un servidor público que no ha estado vinculado a su planta de personal, deberá afectarse el presupuesto de la entidad a la que presta o prestó los servicios personales relacionados con la causa de la condena, aún si la indemnización consiste en el pago de prestaciones periódicas.*

*PARÁGRAFO 2. En los procesos de ejecución de sentencias en contra de entidades públicas de cualquier orden, los mandamientos de pago, medidas cautelares y providencias que ordenen seguir adelante la ejecución, deberán ceñirse a las reglas señaladas en el presente capítulo».*

Ahora bien, a través del Decreto 2469 «Por el cual se adicionan los Capítulos 4, 5 y 6 al Título 6 de la Parte 8 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, que reglamenta el trámite para el pago de los valores dispuestos en sentencias, laudos arbitrales y conciliaciones hasta tanto entre en funcionamiento el Fondo de Contingencias de que trata el artículo 194 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», contempló lo siguiente:

*«Que el trámite administrativo de pago de sentencias, laudos arbitrales y conciliaciones no es autónomo. En consecuencia, el trámite de pago se regirá por las disposiciones vigentes al momento de admisión de la demanda o de la presentación de la solicitud que dio lugar a la providencia judicial que reconoce el crédito judicial.*

***Que no obstante lo anterior, la Ley 1437 de 2011 sí es aplicable automáticamente para el reconocimiento y liquidación de los intereses de mora derivados del pago de sentencias, laudos arbitrales y conciliaciones aprobadas por la jurisdicción. Por lo tanto, se debe aplicar la tasa DTF desde el 2 de julio de 2012 a todos los créditos judiciales independientemente de la ley aplicable para el proceso de pago.***

[...]

## CAPÍTULO 6

*Tasas de interés y fórmula de cálculo para el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales*

*Artículo 2.8.6.6.1. Tasa de interés moratorio. La tasa de interés moratorio que se aplicará dentro del plazo máximo con el que cuentan las entidades públicas para dar cumplimiento a condenas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero será la DTF mensual vigente certificada por el Banco de la República.*

*Para liquidar el último mes o fracción se utilizará la DTF mensual del mes inmediatamente anterior. Luego de transcurridos los diez (10) meses señalados en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicará la tasa comercial, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*En todo caso, una vez liquidado el crédito y puesta a disposición del beneficiario la suma de dinero que provea el pago, cesa la causación de intereses. Si dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria no se presenta solicitud de pago y no ha operado el pago oficioso, cesa el pago de intereses hasta tanto se reciba la solicitud de pago, de conformidad con el inciso 5° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

***Parágrafo. Derogado por el art. 3, Decreto Nacional 1342 de 2016. La liquidación se realizará con la tasa de interés moratorio y comercial establecido en el artículo 177 del Decreto 01 de 1984, cuando la sentencia judicial así lo señale en la ratio decidendi de la parte considerativa o en el decisum de su parte resolutive».***

La norma prevé que la Ley 1437 de 2011, es aplicable automáticamente para el reconocimiento y liquidación de los intereses de mora derivados del pago de sentencias, laudos arbitrales y conciliaciones aprobadas por la jurisdicción y se debe aplicar la tasa DTF desde el 2 de julio de 2012, a todos los créditos judiciales con independencia de la ley aplicable para el proceso de pago.

Además se profirió el Decreto 1342 de 2016 «*Por el cual se modifican los capítulos 4 y 6 del Título 6 de la Parte 8 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, en lo relativo al trámite para el pago de los valores dispuestos en sentencias, laudos arbitrales y conciliaciones hasta tanto entre en funcionamiento el Fondo de Contingencias de que trata el artículo 194 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*», que deroga el parágrafo del artículo 2.8.6.6.1., del capítulo 6 del Título 6 de la Parte 8 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, por razones de eficiencia, economía procesal y oportunidad sin pronunciarse de fondo al respecto.

**Acervo probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

a) Sentencia de 28 de julio de 2011, proferida por el entonces Juzgado Sexto (6°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá mediante la cual se declaró la nulidad del silencio administrativo negativo mediante el cual la Caja Nacional de Previsión Social negó la inclusión de todos los factores de salario y como consecuencia ordenó la reliquidación de la pensión del demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el último año de servicios (folios 11 a 35).

b) Sentencia del 24 de mayo de 2012, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se confirmó la sentencia de primera instancia, en lo referente a ordenar la reliquidación de la pensión del demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el último año de servicios (folios 37 a 48).

c) Derecho de petición presentado por el apoderado del señor Fidel Arturo Duarte Sotelo el 22 de marzo de 2013, ante la Ugpp en la que solicitó el cumplimiento de la sentencia proferida por el entonces Juzgado Sexto (6°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 49 y 50).

d) Resolución RDP 039539 del 28 de agosto de 2013, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, a través de la cual en cumplimiento del fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se reliquidó la pensión de jubilación del señor Fidel Arturo Duarte Sotelo, elevando la cuantía a \$ 643.496, con efectos fiscales a partir del 11 de junio de 1996 (folios 57 a 63).

e) Resolución RDP 048436 del 17 de octubre de 2013, emitida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que se negó la solicitud de aclaración y/o modificación de la anterior resolución (folios 64 a 70).

f) Certificado suscrito por el subdirector de nómina de pensionados de la entidad ejecutada en la que expuso que la inclusión en nómina del señor Luis Alfonso López Mariño se dio en mayo de 2013 y se le canceló un valor neto retroactivo de \$ 32.043.602 en Bancolombia (folios 31 y 32).

g) Liquidación realizada por la Ugpp, en la que se observa que la liquidación de los intereses moratorios fue 0,00 (folios 71 a 73).

**Caso concreto.-** En orden a resolver sobre la impugnación planteada es importante en primer lugar, destacar que lo perseguido por el ejecutante es el reconocimiento y pago de los intereses moratorios como consecuencia de la demora en el cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo objeto de esta demanda.

Ahora bien, el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, en el recurso de apelación que nos atañe expuso como único argumento de la impugnación, la excepción de prescripción por lo que se pasará a estudiar únicamente lo referente a este asunto.

El entonces Juzgado Sexto (6º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá en sentencia de 28 de julio de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda ordenando la reliquidación de la pensión del demandante en cuantía del 75% con la inclusión de todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, decisión que fue confirmada por esta Sala mediante sentencia de fecha 24 de mayo de 2012, la cual quedó ejecutoriada el 14 de diciembre de 2012 (folio 48).

Para establecer si en el presente asunto la parte ejecutante promovió o no, oportunamente la acción ejecutiva en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, es necesario que la Sala estudie la oportunidad para presentar la demanda ejecutiva, y comoquiera que la nulidad y restablecimiento del derecho se presentó y fallo en vigencia del Código Contencioso Administrativo, se aplicará esta normatividad, lo anterior en virtud al inciso 1º del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012

que dispone: *«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir».*

Frente al fenómeno de la prescripción de la acción ejecutiva el artículo 2536 del Código Civil establece lo siguiente:

*«La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término».*

Ahora bien, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a la caducidad de las acciones, dispone:

*«Artículo 136.*

*[...]*

*11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial».*

Señala el artículo que antecede que para la presentación de la acción ejecutiva, el interesado cuenta con cinco (5) años para hacerlo, término que empieza a correr a partir de la exigibilidad de la obligación que se reclama, que en el caso concreto se refiere a la sentencia judicial proferida por esta Sala, de fecha 24 de mayo de 2012 (folios 37 a 46), la cual cobró ejecutoria el 14 de diciembre de 2012.

Pero no obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la obligación nace en vigencia del Código Contencioso Administrativo, en el que se preceptuaba un término a partir del cual una condena en contra de una entidad pública era exigible, así:

*«Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas.*

*[...]*

*Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria».*

De lo anterior se colige que, es a partir de los dieciocho (18) meses que señala el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que comienza a contar el término.

Así las cosas, se tiene que a partir del 14 de diciembre de 2012, fecha en que quedó en firme la sentencia proferida por esta Sala, de fecha 24 de mayo de 2012, empezó el término de dieciocho (18) meses para la exigibilidad de la misma, por lo cual sería exigible a partir del 14 de junio de 2014, y vencido este plazo corrió el término de cinco (5) años para la demanda ejecutiva, es decir, **la ejecutante tenía hasta el 14 de junio de 2019 para interponer la demanda**, y comoquiera que en el expediente se evidencia, que **la demanda se presentó el 15 de junio de 2018** (folio 79), se concluye que no opera el fenómeno de la prescripción, por cuanto la demanda fue interpuesta dentro del término legal.

Referente a las excepciones de caducidad de la acción ejecutiva y genérica alegada por la apoderada de la demandada, la Sala precisa que es improcedente su estudio como quiera que no se trata de las excepciones taxativas enunciadas en el numeral 2 del art. 442 de la Ley 1564 de 2012, conforme lo expuso el juez de primera instancia.

De otro lado, como es notorio que no se ha dado pleno cumplimiento a la orden judicial impartida dentro del expediente 2010-00029-00 y atendiendo que la parte ejecutada no demostró el pago o el cumplimiento pleno de las sentencias, se confirmará el fallo de primera instancia haciendo la advertencia que se deberá prestar atención especial por las partes y el operador judicial en la etapa correspondiente a la liquidación del crédito, teniendo en cuenta que se debe ejecutar en los términos precisos la orden judicial impartida dentro del proceso ordinario, además que se debe proteger el patrimonio público, eso sí, sin olvidar que no se pueden lesionar los derechos otorgados al ejecutante.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que le asiste razón al *a quo* que posterior al estudio decidió desestimar la excepción planteada por la ejecutada, y ordenó seguir adelante la ejecución, motivo por el cual se confirmará la sentencia apelada.

**De la condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>1</sup>,

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

*[...]»*

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

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

**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia de 30 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró no probada la excepción de prescripción y ordenó seguir adelante la ejecución contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Sin condena en costas en las dos instancias, de acuerdo con la considerativa.

**Tercero.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-030-2018-00236-01  
Demandante : **Euclides Quintana Patiño**  
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste de la asignación de retiro

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 110 a 118) contra la sentencia del 26 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 95 a 97A).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 20 a 43) El señor Euclides Quintana Patiño, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad de los Oficios (i) 0085291 del 26 de diciembre de 2017; y (ii) 0015839 del 14 de febrero de 2018, por medio de los cuales le fue negado el reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: (i) reajustar la asignación de retiro que le fue reconocida mediante la Resolución 3666 del 16 de mayo de 2017, teniendo en cuenta (a) la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, el

salario mínimo incrementado en un 60%, inaplicando por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004; (b) lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 70% de la asignación básica adicionarle el 38,5% de la prima de antigüedad; (c) el subsidio familiar en el porcentaje que lo percibía en actividad, inaplicando por inconstitucional el artículo 1.º del Decreto 1162 de 2014; y (d) la prima de navidad inaplicando por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable para la asignación de retiro; (ii) ajustar los valores conforme al IPC certificado por el DANE; (iii) pagar los intereses que se causen desde la ejecutoria de la decisión que ponga fin al proceso; y (iv) cancelar los gastos y costas procesales.

**Fundamentos fácticos.** - El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios en el Ejército Nacional por un tiempo de 20 años, 07 meses y 08 días. Por tanto, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil mediante la Resolución 3666 del 16 mayo de 2017 le reconoció una asignación de retiro.

El 12 de diciembre de 2017 solicitó ante la accionada revocar la Resolución 3666 del 16 de mayo de 2017, en el sentido de que le fuera reconocida la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, se reliquidó la prima de antigüedad, la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como factor computable y el reconocimiento del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad. Petición que fue negada por medio del Oficio 0085291, consecutivo 2017-85291 del 26 de diciembre de 2017.

El 26 de enero de 2018 solicitó nuevamente ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la asignación de retiro con fundamento en el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, la reliquidación de la prima de antigüedad en aplicación de la fórmula  $AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$ , el reconocimiento del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 1.º del Decreto 1162 de 2014, y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

La anterior solicitud fue igualmente negada por la accionada a través del Oficio 0015839, consecutivo 2018-15839 del 14 de febrero de 2018, para lo cual manifestó lo mismo que en el Oficio 0085291, consecutivo 2017-85291 del 26 de diciembre de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - El actor citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 4, 13, 25, 29, 42, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 131 de 1985; 2.º de la Ley 4ª de 1992; 2.º de la Ley 923 de 2004; así como los artículos 38 del Decreto 1793 de 2000; 1.2 y 11 del Decreto 1794 de 2000; y 2, 3, 13.1.7, y 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

Para el efecto, afirmó que durante el tiempo que prestó sus servicios en el Ejército Nacional tenía derecho a que se le pagara una asignación básica salarial equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo. Sin embargo, desde noviembre de 2003 se le canceló un salario incrementado en un 40%, de suerte que el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001, unificó el criterio en el sentido de que los soldados profesionales que cumplan los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, es decir, que para el 31 de diciembre de 2000 ostentara la calidad de soldado voluntario tiene derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un 60%.

Igualmente, hizo énfasis en que el Consejo de Estado con sentencia del 09 de marzo de 2017, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, señaló la forma correcta en la que deberá computarse la asignación de retiro, que corresponde a un salario adicionado en un 60%, al cual se le aplica el 70% como porcentaje de liquidación, resultado al cual debe sumársele el 38.5% de la prima de antigüedad.

Por último, expuso que debe incluirse como partidas computables para la asignación de retiro el subsidio familiar por excepción de inconstitucionalidad del artículo 1.º del Decreto 1162 de 2014, así como la duodécima parte de la prima de navidad por excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

**Contestación de la demanda.** (fs. 60 a 64) La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars

(Cremil) se opuso a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho. Para ello, expuso que al actor corresponde la asignación de retiro calculada con el 70% del sueldo básico (salario más el 40% del mismo) incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Asimismo, sostuvo que por medio de la Resolución 18277 del 30 de agosto de 2018 la entidad efectuó el incremento del 20% reclamado en el salario básico, acto que se encuentra debidamente ejecutoriado y se adjunta al proceso.

En relación con el subsidio familiar precisó que dicho factor fue reconocido en un 30% dentro de la Resolución 3666 del 16 de mayo de 2017, teniendo como cimiento la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, sin que en el presente asunto se desvirtúe la legalidad de ese acto administrativo en lo que a este punto refiere.

Finalmente, manifestó que no existe fundamento para incluir y liquidar como partida computable la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales, comoquiera que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se contempló esa partida solo para los oficiales y suboficiales. Por ende, no se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados al no configurarse ninguna causal de nulidad.

## **II. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 26 de marzo de 2019 dictada en audiencia inicial (fs. 95 a 97A) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar reajustar a partir del 30 de junio de 2017 la asignación de retiro que le fue reconocida al actor, teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, la correcta aplicación del 38.5% de la prima de antigüedad, con la respectiva indexación de las sumas que resulten de la reliquidación de esa prestación económica.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

**Parte demandante.** - (fs. 110 a 118) Impugnó la decisión de primera instancia con la intención de que se revoque parcialmente, en lo referente a inaplicar el artículo 1.º del Decreto

1162 de 2014 y el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para en su lugar, condenar a la entidad accionada a cancelarle la asignación de retiro con el subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro e incluir la duodécima parte de la prima de navidad, igualmente percibida al retiro del servicio.

Para el efecto, expuso que el Decreto 1162 de 2014 es una norma que viola el principio de igualdad, por cuanto dentro de un mismo grupo de militares, como es el caso de los soldados profesionales, quienes adquirieron el derecho a devengar asignación de retiro con anterioridad a la expedición del Decreto 1162 de 2014 perciben mensualmente el subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad equivalente al 62.5%, mientras que los soldados profesionales que adquirieron su derecho a la asignación de retiro con posterioridad al decreto de la referencia, únicamente reciben un 30% del porcentaje devengado en servicio activo. Lo que genera un trato discriminatorio.

Asimismo, indicó que el Consejo de Estado en varias sentencias ha manifestado que existe un trato desigual en la inclusión de la prima de navidad respecto a los oficiales y suboficiales, y los soldados profesionales, por cuanto a los primeros se les incluye ese factor como partida computable en la asignación de retiro.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandante fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto del 19 de junio de 2019 (f. 122) y admitido por esta Corporación en auto del 09 de septiembre de 2019 (fs. 137 y 138); en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 05 de noviembre de 2019 (f. 141), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que no fue aprovechada por las partes.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - A la Sala corresponde determinar si la asignación de retiro reconocida al señor Euclides Quintana Patiño fue liquidada conforme a derecho o, si contrario a ello, debe ser reajustada con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y el porcentaje que devengaba en servicio activo del subsidio familiar.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al encontrar que la entidad accionada en lo que concierne a la prima de navidad reclamada, actuó conforme a derecho al negar su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro del señor Quintana Patiño, ya que esa prima no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para ese efecto; y tampoco le asiste derecho a la inclusión del subsidio familiar en el mismo porcentaje que percibía en servicio activo, de acuerdo con las consideraciones que pasan a estudiarse.

**Marco normativo.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala realizará el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

### **Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales. –**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la Ley 923 de 2004<sup>2</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>2</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

Sobre el asunto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, efectuó un estudio detallado de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, y concluyó que las partidas que se computan para efectos de liquidar la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron cotizaciones. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho a la igualdad entre los grupos de soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en la sentencia de unificación de la referencia, luego de realizarse un análisis de fondo, se llegó a la conclusión de que dicho personal al encontrarse en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que realizan cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas, queda desvirtuado un trato discriminatorio o diferenciado entre los mencionados.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, y todas las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

### **Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales. -**

La Ley 21 de 1982<sup>3</sup>, específicamente en su artículo 1.º, definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuya finalidad

---

<sup>3</sup> «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

es aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Pues bien, en lo que se refiere a los soldados profesionales encontramos que solo con la expedición del Decreto 1794 de 2000 (art. 11) adquirieron el derecho al reconocimiento del subsidio familiar equivalente a un 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad<sup>4</sup>, para lo cual debían encontrarse casados o en unión marital de hecho vigente. Disposición que fue derogada por el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, con la salvedad de que quienes ya percibían dicho subsidio continuarían haciéndolo hasta su retiro del servicio, así:

*«Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*

[...]

*Parágrafo primero. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, **continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.**»*

Sin embargo, de manera posterior el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en providencia del 08 de junio de 2017, dentro del proceso 11001032500020100006500 (0686-2010), lo que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

Sobre el particular, se precisa que, si bien los soldados profesionales con la expedición del Decreto 1794 de 2000 adquirieron el derecho a percibir el subsidio familiar, lo cierto es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>5</sup> no lo consagró como partida computable para liquidar la asignación de retiro de ese personal, situación distinta a la de los oficiales y suboficiales, a quienes si se les incluyó para esos efectos.

---

<sup>4</sup> «Parágrafo segundo. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto (sic) 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual».

<sup>5</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Por lo anterior, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, con ponencia de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, sostuvo que con fundamento en el principio a la igualdad para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debía incluirse el subsidio familiar, siempre y cuando lo hayan devengado y/o tengan requisitos para ser beneficiarios de dicha prestación.

Ahora, de manera posterior, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, fue expedido el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>6</sup>, por medio del cual se creó a partir del 1.º de julio de 2014 el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no percibían ese subsidio regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual por disposición del legislador (art. 5) fue incluido como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente a un 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo. Específicamente la norma en cita señala:

*«ARTÍCULO 5º. A partir de julio del 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

Asimismo, se expidió el Decreto 1162 de 2014<sup>7</sup>, en el que se previó que a partir de julio de 2014 el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro se encuentren devengando el subsidio familiar regulado por los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, tendrán derecho a que dicho factor se les tenga en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el equivalente al 30% de dicho valor, así:

*«ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al*

<sup>6</sup> Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

<sup>7</sup> Por medio del cual se dictaron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes profesionales de las Fuerzas Militares.

*momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.»*

En esos términos, solo a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, puede considerarse el subsidio familiar como una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales.

Por su parte, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, concluyó que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales y, por tanto, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 las partidas computables son las siguientes:

*«[...] - Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*

*- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*

*- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>142</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>143</sup>.»*

En resumen, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la referencia coligió que únicamente los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tienen derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, toda vez que antes no se encontraba definido en la ley o decreto como tal.

Lo anterior, con la aclaración de que el porcentaje en el que deberá incluirse el subsidio familiar depende de dos situaciones: (i) si al momento del retiro el soldado profesional o infante de marina profesional se encontraba percibiendo el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 sería en el equivalente al 30%; y (ii) si para el momento del retiro no percibía el subsidio familiar sería en el equivalente al 70%.

### **Prima de navidad en el caso particular de los soldados profesionales. –**

El Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5.º, previó que aquel personal que se encuentre en servicio activo tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad, equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual debe ser pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, la prima de navidad en mención no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como si se dispuso para el grupo de oficiales y suboficiales.

En razón a ello, surgieron situaciones en las que se invocó la garantía al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. No obstante, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, dejó claro que por disposición del legislador se excluyó la prima de navidad como partida computable en el caso de los soldados profesionales, además, resaltó que no puede considerarse que esa normativa contraríe o atente contra el artículo 13 constitucional, puesto que el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso, se trata de situaciones fácticas y jurídicas distintas, de modo que el tratamiento legal, si bien es diferenciado, no resulta discriminatorio.

En esos términos, ha de entenderse que al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe incluirse las partidas estipuladas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad, además de las partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa y sobre los cuales se efectúen las respectivas cotizaciones.

**Material probatorio objeto de estudio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, tenemos:

- a) Resolución 3666 del 16 de mayo de 2017 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – (Cremil) reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor Euclides Quintana Patiño, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fs. 3 y 4).
- b) Certificación emitida por la entidad accionada, en la que se describe la forma en la que se efectuó la liquidación de la asignación de retiro del aquí accionante. Liquidación que fue obtenida teniendo en cuenta el salario mínimo aumentando en un 40%; la prima de antigüedad correspondiente al 38,5% del 70% del salario mínimo aumentado en un 40%; y sumado además el subsidio familiar equivalente al 30% de lo devengado en servicio activo (f. 5).
- c) Derecho de petición presentado el 12 de diciembre de 2017 por el señor Euclides Quintana Patiño ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se revocara la Resolución 3666 del 16 de mayo de 2017, para que en su lugar, se reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta el salario básico establecido en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo aumentado en un 60%; además se aplicara de manera correcta la liquidación de la prima de antigüedad; y se incluyera el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad y la doceava parte de la prima de navidad (fs. 6 a 8).
- d) Oficio 0085291 del 26 de diciembre de 2017, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, al considerar que no puede incluir factores que no se encuentren previstos en la ley (fs. 9 y 10).
- e) Derecho de petición radicado el 26 de enero de 2018 por el señor Quintana Patiño ante la accionada, con la intención de que se le reconociera dentro de su asignación de retiro el salario básico establecido en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60%; la correcta liquidación de la prima de antigüedad equivalente al 38.5% del salario básico devengado en actividad; además

con el ánimo de que se incluyera el subsidio familiar en el porcentaje devengado en servicio activo y la prima de navidad como partida computable en la prestación económica que le fue reconocida (fs. 11 a 13).

- f) Oficio 0015839 del 14 de febrero de 2018, a través del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) nuevamente negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante, bajo los mismos argumentos expuestos en el Oficio 0085291 del 26 de diciembre de 2017 (fs. 14 y 15).
- g) Pantallazo de un comprobante de pago correspondiente al señor Verona Lobo Walter Willian, consultado en la página de la entidad accionada (f. 17).
- h) Certificación emitida el 21 de diciembre de 2017 por la entidad accionada, en la que indicó que el señor Euclides Quintana Patiño en la última unidad donde prestó sus servicios militares fue en el Batallón de A.S.P.C No. 13 “Cacique Tisquesuzá”, con sede en Bogotá D.C. (f. 18).
- i) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Euclides Quintana Patiño, en la que se observa que nació el 15 de diciembre de 1977 (f. 19).
- j) Hoja de servicios 3-79901016 del 31 de marzo de 2017, en la que se constata que el 31 de marzo de 2017 el actor se retiró del servicio por tener derecho a la pensión. Asimismo, se observa que el subsidio familiar le fue reconocido el 30 de agosto de 2004 (fs. 74 vto. y 75).
- k) Resolución 18277 del 30 de agosto de 2018 emitida por la entidad accionada, en la que ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del soldado profesional ® Euclides Quintana Patiño (fs. 89 y 90).
- l) Expediente administrativo correspondiente al señor Euclides Quintana Patiño (fs. 74 a 91).

**Caso concreto.** - El señor Euclides Quintana Patiño a través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reajustar su asignación de retiro en el sentido de tener en cuenta el

salario mínimo incrementado en un 60% y no el 40% como le fue reconocido; además adicionarle al 70% del salario mínimo, un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, sin aplicarle ese 70% también a esta prima; e incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica y el reajuste del subsidio familiar en el mismo porcentaje que lo devengada en servicio activo.

Sobre el particular, se observa que el juez de primera instancia ordenó reajustar la asignación de retiro del aquí demandante únicamente en lo que concierne a la correcta aplicación del 38.5% de la prima de antigüedad, con la respectiva indexación de las sumas que resulten de la reliquidación de esa prestación, la cual deberá efectuarse a partir del 30 de junio de 2017.

En este sentido, se encuentra que el recurso de apelación interpuesto por el actor consistió en discutir únicamente lo referente a inaplicar el artículo 1.º del Decreto 1162 de 2014 y el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para en su lugar, condenar a la entidad accionada a cancelarle la asignación de retiro con el subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro e incluir la duodécima parte de la prima de navidad, igualmente percibida al retiro del servicio.

Pues bien, de esta manera resulta claro que se dará alcance únicamente a lo relacionado con el porcentaje en el que fue incluido el subsidio familiar y el reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad, dentro de la asignación de retiro del señor Euclides Quintana Patiño, en razón a que los argumentos expuestos en el recurso objeto de análisis limita la competencia en esta instancia.

En ese orden de ideas, en lo que refiere al subsidio familiar, tal como quedó ampliamente desarrollado en el acápite normativo de esta providencia, dicho factor fue incluido como partida computable en la asignación de retiro solo con la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, puesto que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 no establecía este subsidio para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Ahora, en lo que concierne al porcentaje en el que deberá incluirse el subsidio familiar en el caso de los soldados profesionales, el mismo legislador determinó que será en el

equivalente a un 30% para quienes lo devengaban en virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en el porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibían tal partida.

En esos términos, en atención a que el subsidio familiar en el caso concreto le fue reconocido al señor Quintana Patiño en el año 2004 conforme al Decreto 1794 de 2000 (f. 75), corresponde su inclusión en la asignación de retiro en un 30% conforme lo consideró el legislador en el artículo 5.º del Decreto 1161 de 2014. Por tanto, no le asiste derecho al actor al pretender que se le reconozca el subsidio familiar en la asignación de retiro en el porcentaje del 70%.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la **prima de navidad**, cabe resaltar que conforme a las normas señaladas en el acápite normativo y en aplicación de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado, al soldado profesional Euclides Quintana Patiño no le asiste derecho a la inclusión de la misma como partida computable para liquidar la asignación de retiro, pues no se encuentra descrita en el Decreto 4433 de 2004.

Por último, la Sala precisa que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emitida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia proferida el veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo aquí expuesto.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no es procedente imponerlas, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor Euclides Quintana Patiño contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil).

**Segundo-** Sin condena en costas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

Amch



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502020180028401  
Demandante : **Fabio Alfonso Valencia Giraldo**  
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional- Casur  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reajuste asignación de retiro partidas del Decreto 1212 de 1990

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte demandante (fs. 76 a 89), contra la sentencia de 8 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 66 a 75).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 20 a 33) El señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo por conducto de apoderado judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar se declare la nulidad del Oficio E-00003-201714311 CASUR del día 11 de julio de 2014 en virtud del cual la demandada negó la inclusión de la partida subsidio familiar dentro de la asignación de retiro.

Solicitó que se inaplique por inconstitucional el párrafo único del artículo 15, 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995 y el párrafo único del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 que impide tener en cuenta el factor salarial subsidio familiar.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reconocer y pagar el factor salarial subsidio familiar como partida computable a partir del reconocimiento de la asignación de retiro o pensión conforme a lo establecido en el artículo

140 y 100 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, en concordancia con el artículo 23 numeral 23.1 del Decreto 4433 de 2004; ii) se ordene el pago de retroactivos pensionales; iii) indexar las sumas dejadas de cancelar de conformidad al índice de precios al consumidor; iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y v) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** – El demandante como soporte del presente medio de control señaló lo siguiente:

Ingresó a la Policía Nacional y su vinculación estuvo regida por lo establecido en el Decreto 1212 o 1213 de 1990. Desde el 1 de septiembre de 1994 fue homologado al nivel ejecutivo, calidad que ostentó hasta el retiro del servicio, esto es, 23 de noviembre de 2012.

De acuerdo con la hoja de servicios al momento del retiro del servicio se encontraba casado o con unión marital de hecho y devengaba por concepto de subsidio familiar un valor de \$ 46.486 por concepto de tres hijos menores.

Al momento del retiro ostentaba la calidad de subcomisario.

Mediante Resolución 21715 del 26 de diciembre de 2012, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció asignación de retiro, de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, pero de forma errónea por cuanto no se encuentra incluido el subsidio familiar.

El 28 de junio de 2017 presentó derecho de petición, solicitando el reconocimiento del factor salarial denominado subsidio familiar, el cual fue resuelto de manera negativa por la entidad accionada en el Oficio E-00003-201714311 CASUR del 11 de julio de 2017.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La parte demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2, 4, 13, 29, 42, 53, 83, 84 y 220 de la Constitución Política; 8 y 140 del Decreto 1212 de

1990, 46 y 10 del Decreto 1213 de 1990, 2 literal a y 10 de la Ley 4 de 1992, 7 párrafo único Ley 80 de 1995 y 23 numeral 23.1 del Decreto 4433 de 2004.

*Afirmó que «[...] al ingresar por homologación a la carrera en el Nivel Ejecutivo, quedó sometido al régimen de los miembros del Nivel Ejecutivo, en cuanto al régimen de la carrera, pero no en lo relativo a sus derechos y prestaciones, y por tanto no puede ser desmejorado ni discriminado en ningún aspecto por el cambio de régimen de carrera toda vez que se vulnerarían principios constitucionales e internacionales del derecho laboral.»*

Señaló que el estatuto aplicable hasta el 31 de agosto de 1994 fue el señalado en el título III capítulo I del Decreto 1213 de 1990 y/o título IV Capítulo I del Decreto 1212 de 1990 dentro del cual en el artículo 46 y/o artículo 82 se estableció respectivamente el porcentaje correspondiente por subsidio familiar.

*Explicó que «[...] bajo la certeza de que serían respetados sus derechos salariales y prestacionales y que estos no sufrían ninguna discriminación ni desmejora decide homologarse a la carrera del nivel ejecutivo el día 1 de septiembre de 1994, carrera que estableció la forma de pago y reconocimiento del subsidio familiar en los artículos 15, 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995.»*

Expuso que al momento del retiro del servicio activo, esto es, el 23 de noviembre de 2012, el señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo se encontraba casado y con tres hijos, razón por la cual considera que con base en la conservación de las prerrogativas señaladas en disposiciones anteriores y teniendo en cuenta la preservación de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas el subsidio familiar que debe tenerse en cuenta es el señalado en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 o el artículo 46 del Decreto 1213 de 1990.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 48 a 53). La entidad accionada, mediante escrito de 23 de noviembre de 2018, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos son ciertos y otros no, así mismo propuso la excepción de: *«inexistencia del derecho»*.

Adujo que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, que goza de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente.

Señaló que «[...] la honorable consejera de estado, doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, realizó el estudio en casos en los que se ha solicitado la inclusión de partidas computables y subsidios distintos a los contenidos en la normatividad que regula al régimen del nivel ejecutivo, del cual forma parte el demandante, siendo este el aplicable para el caso, decidiendo confirmar la sentencia del tribunal que negó las prestaciones sociales establecidas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 solicitadas por los demandantes, toda vez que no tienen derecho a ellas por pertenecer al nivel ejecutivo al cual se homologaron [...]»

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 8 de mayo de 2019 (fs. 66 a 75 y CD), negó las súplicas de la demanda, al considerar que «Es reprochable que indique la existencia de una desmejora, cuando lo cierto es que perteneció al Nivel Ejecutivo desde el 01 de septiembre de 1994 hasta el 23 de agosto de 2012, esto es, por más de 20 años en los que conoció ampliamente las condiciones salariales y prestacionales que percibía, y la forma en la que posteriormente sería liquidada su asignación de retiro. No obstante ello, solo viene a demostrar su descontento en el año 2017, aduciendo una desmejora que no es evidente para este Despacho, ni para la jurisprudencia mencionada.

Finalmente, no es del caso dar aplicación a las sentencias que reconocen el subsidio familiar a favor de los soldados profesionales, pues el caso de este grupo de personas no es equiparable a la de los miembros del Nivel Ejecutivo, cuyos ingresos fueron mejorados una vez se inscribieron voluntariamente a dicho nivel.

En ese orden no pueden aceptarse los argumentos de la parte demandante, en razón a

*que se encuentra probado que el nuevo régimen superó las condiciones salariales y prestaciones que ostentaba antes del 01 de septiembre de 1994, en consecuencia deberán negarse las pretensiones de la demanda.».*

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación (fs. 76 a 89), en el que manifestó que se debe inaplicar por inconstitucional el párrafo único del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, que impide tener en cuenta el factor salarial subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro o pensión de los miembros del Nivel Ejecutivo, por cuanto, esto vulnera el derecho fundamental a la igualdad establecido en el artículo 13 y el derecho a la familia señalado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, al darles un trato desigual en comparación con los oficiales y los suboficiales de la Policía Nacional a quienes si se les incluye dicho rubro en la reliquidación de la asignación de retiro.

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 24 de mayo de 2019 (f. 91) y admitido por esta Corporación en providencia de 2 de septiembre de 2019 (fl. 95), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 de la Ley 1437 de 2011.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 18 de diciembre de 2019 (fl. 98), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes.

**Parte demandante.** - (folios 99 a 107) Reiteró que lo perseguido es que se reconozca la partida subsidio familiar en la asignación de retiro que devenga teniendo en cuenta el párrafo único del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, el artículo 82 del Decreto 132 de 1995 en concordancia con lo señalado en los artículos 82 y 140 del Decreto 1212 de 1990 e

inaplicando para ellos el párrafo único del artículo 15, artículo 16 y 17 del Decreto 1091  
inaplicando para ellos el párrafo único del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad determinar si al señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo, le asiste derecho o no para reclamar de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional Casur, el reconocimiento y pago del subsidio familiar que venía percibiendo en su condición de suboficial conforme al Decreto 1212 de 1990<sup>2</sup>, a pesar de haberse homologado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante se homologó de manera voluntaria al Nivel Ejecutivo, por ende, le resultan aplicables las disposiciones contempladas para ellos.

**Estudio normativo.** - Sea lo primero advertir que la Constitución Política de 1991, en sus artículos 150 y 218, establece:

*«ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)*

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)*

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;» (...)*

*Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.*

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>2</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.

*La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario». (Subraya la Sala)

Ahora bien, en desarrollo de la normativa constitucional antes transcrita, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, que respecto al régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, estableció lo siguiente:

*«Artículo 1. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de: (...)*

*d. Los miembros de la Fuerza Pública.*

*Artículo 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

*a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;  
(...)*

*Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos»*

Por su parte el Decreto 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional», contempló entre otros los siguientes emolumentos:

**«ARTÍCULO 65. Asignaciones mensuales.** *Las asignaciones mensuales de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional serán determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia.*

**PARAGRAFO.** *Salvo los casos previstos en el artículo 66 de este Estatuto o en otras normas legales específicas, ningún Oficial o Suboficial de la Policía Nacional podrá recibir, por razón del desempeño de sus funciones, sueldos, primas, bonificaciones o cualquiera otra clase de remuneraciones de entidades oficiales del orden nacional, departamental o municipal.*

*(...)*

**ARTÍCULO 68. Prima de actividad.** *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

**ARTÍCULO 69. Prima de servicio anual.** *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de una prima equivalente al*

*cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año.*

**PARAGRAFO 1o.** *A quienes se encuentren en comisión del servicio en el exterior la prima de que trata este artículo se les pagará en pesos colombianos, liquidada sobre los haberes que devengarían si estuviesen prestando sus servicios en la ciudad de Bogotá.*

**PARAGRAFO 2o.** *Cuando el personal a que se refiere el presente artículo no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima a razón de una duodécima parte (1/12) por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los haberes devengados en el último mes.*

**ARTÍCULO 70. Prima de navidad.** *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.*

**PARAGRAFO 1o.** *Cuando los Oficiales y Suboficiales no hubieren servido el año completo, tendrán derecho al reconocimiento de la prima de navidad a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los últimos haberes devengados.*

**PARAGRAFO 2o.** *Cuando el Oficial o Suboficial se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de navidad será pagada de acuerdo con las normas legales vigentes.*

**ARTÍCULO 71. Prima de antigüedad.** *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan quince (15) y diez (10) años de servicio, respectivamente, tendrán derecho a una prima mensual que se liquidará sobre el sueldo básico, así:*

*a. Oficiales:*

*A los quince (15) años, el (10%) y por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.*

*b. Suboficiales:*

*A los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más.  
(...)*

**ARTÍCULO 81. Prima de vacaciones.** *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 8o. del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales, por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1o. de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.*

**PARAGRAFO 1o.** *Cuando el Oficial o Suboficial de la Policía Nacional se encuentre en comisión en el exterior e hiciera uso de vacaciones, percibirá la prima referida en pesos colombianos liquidada en las condiciones establecidas en el presente artículo.*

**PARAGRAFO 2o.** De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará a la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional con destino al plan de colonias vacacionales.

**PARAGRAFO 3o.** La prima de vacaciones debe liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en que los interesados vayan a disfrutar sus vacaciones anuales.

**ARTÍCULO 82. Subsidio familiar.** A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

**PARAGRAFO 1o.** El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

**PARAGRAFO 2o.** La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.  
(...)»

Atendiendo a lo sostenido por la Ley 62 de 1993, por la cual se reviste de facultades extraordinarias al presidente de la república, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 41 de 1994 «Por la cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales de la Policía Nacional...». Sin embargo, la norma fue objeto de pronunciamiento de inexecutable parcial por parte de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-417 de 22 de septiembre de 1994, respecto de lo regulado para el nivel ejecutivo, por exceder las facultades extraordinarias dispuestas en la precitada ley.

Posteriormente, se expidió la Ley 180 de 1995 «Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada 'Nivel Ejecutivo', modificar normas

sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes, que modificó el artículo 6° de la Ley 62 de 1993 y señala lo siguiente:

**«ARTÍCULO 1o.** El artículo 6o. de la Ley 62 de 1993, quedará así:

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

**«ARTÍCULO 7o.** De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

- a) Disposiciones preliminares;
- b) Jerarquía, clasificación y escalafón;
- c) Administración de personal:
  - Selección e ingreso
  - Formación
  - Grados, ascenso y proyección de la carrera
  - Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales
  - Sistemas de evaluación
  - Destinos, traslados, comisiones, licencias y encargos
  - Suspensión, retiro, separación, reincorporación
  - Reservas
  - Disposiciones varias
  - Normas de transición.

(...)

**PARÁGRAFO.** La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».

Así las cosas, el Decreto 132 de 1995, que estableció la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en sus artículos 3°, 12, 15, 82 señaló:

**«ARTÍCULO 3o. JERARQUÍA.** La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:

1. Comisario
2. Subcomisario
3. Intendente
4. Subintendente
5. Patrullero, carabinero, investigador según su especialidad.

(...)

**ARTÍCULO 12. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO.** Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

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

(...)

**ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO.** El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

(...)

**ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO.** El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional».

Luego, el Decreto 1091 de 1995, consagró para el personal del Nivel Ejecutivo la asignación básica mensual y las siguientes prestaciones:

«Artículo 4º. Prima de servicio. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo tendrá derecho al pago de una prima de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.

Artículo 5º. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a un mes de salario que corresponda al grado a treinta (30) de noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto”.

Artículo 7º. Prima del nivel ejecutivo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad”.

Artículo 11. Prima de vacaciones. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este decreto”.

*Artículo 12. Subsidio de alimentación. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional”.*

*Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo”.*

*Artículo 50. Cesantías. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un (1) mes de salario por cada año de servicio, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 49 de este Decreto. Este auxilio se liquidará el 31 de diciembre del respectivo año, por la anualidad o por la fracción correspondiente, teniendo en cuenta las cuantías de cada partida a la fecha de la liquidación».*

Adicionalmente, el aludido decreto creó otros emolumentos que solo podía devengar el personal vinculado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en situaciones especiales, estos son:

*«Artículo 8º. Prima de retorno a la experiencia. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma:*

*a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de Intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%).*

*b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%)*

*c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de Comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%)”.*

*Artículo 9º. Prima de alojamiento en el exterior. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que desempeña comisiones permanentes en el exterior, mientras cumpla la comisión, tendrá derecho a una prima mensual de alojamiento hasta del siete por ciento (7%) del sueldo básico correspondiente a su grado, liquidará en dólares a razón de un dólar por cada peso.*

*Artículo 10. Prima de instalación. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que sea trasladado o destinado en comisión permanente dentro del país y tenga por ello que cambiar de lugar de residencia, tendrá derecho, a una prima de instalación equivalente a una asignación básica mensual correspondiente a su grado».*

Después, el Decreto 1791 de 2000, mediante el que se modifica las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, señaló en su artículo 10º en el parágrafo 1º lo siguiente: *«El personal de Suboficiales y de*

*Agentes...se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo».*

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>3</sup>, en lo que tiene que ver con los agentes que se homologaron de manera voluntaria al nivel ejecutivo, y el presunto desmejoramiento del nuevo régimen aplicable, precisó:

*«...Atendiendo a lo anterior, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se estipuló una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de Agente, por lo que, en consecuencia, en principio, lo que se advierte es que en vigencia de un nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestaciones que el interesado ostentaba antes de septiembre de 1994. Con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado **en su conjunto**, se insiste, el régimen del Decreto No. 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios; y, en contrario, no se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor. (...)*

*Bajo esta óptica, entonces, aunque no se desconoce la protección dada a los Agentes y Suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen de del principio de inescindibilidad...» (Subraya la Sala).*

A tono con lo expuesto, se observa que esa Corporación es clara en afirmar que a los agentes que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no se les produjo un desmejoramiento en la situación salarial y prestacional, toda vez que el Decreto 1091 de 1995, les reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos y aumentan su salario básico de manera significativa.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme a los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

- a) Derecho de petición presentado el 28 de junio de 2017 por el señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en el que solicitó en el grado de homologado, el factor salarial del subsidio familiar con fundamento en lo señalado en el artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 y/o artículo

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 31 de enero de 2013, radicado N°. 25000-2325000-2011-00048 (1147-12), Magistrado Ponente: Vitor Hernando Alvarado Ardila.

1213 de 1990 (folios 2 a 6).

- b) Oficio E-00003-201714311 CASUR del día 11 de julio de 2014, en el que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional respondió negativamente la anterior petición, bajo el argumento de que la asignación de retiro se encuentra reconocida y liquidada dentro de los parámetros legales vigentes a la fecha de su retiro, con fundamento en los haberes certificados por la Policía Nacional (folios 47 y 48).
- c) Registro de Matrimonio N° 871752 en el que consta que los señores Astrid María Vidal Fernández y Fabio Alfonso Valencia Giraldo contrajeron matrimonio el 17 de marzo de 1990 (folio 10).
- d) Registro Civil de Nacimiento N° 15190383 en el que consta que el 22 de agosto de 1990 nació Brayan Alfonso Valencia Vidal, hijo de los señores Astrid María Vidal Fernández y Fabio Alfonso Valencia Giraldo (folio 11).
- e) Registro Civil de Nacimiento N° 29103120 en el que consta que el 8 de julio de 1999 nació Alejandro Valencia Vidal, hijo de los señores Astrid María Vidal Fernández y Fabio Alfonso Valencia Giraldo (folio 12).
- f) Registro Civil de Nacimiento N° 35476884 en el que consta que el 17 de marzo de 2004 nació Sofia Valencia Vidal, hija de los señores Astrid María Vidal Fernández y Fabio Alfonso Valencia Giraldo (folio 13).
- g) Formato de hoja de servicios N° 102277776 del señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo, en la que se evidencia que prestó sus servicios en la Policía Nacional por veintiséis (26) años, un (1) mes y veintiún (21) días, y que se cambió al Nivel Ejecutivo a partir del 1° de junio de 1994. (f. 14).
- h) Resolución 21715 de 26 de diciembre de 2012 por la cual se reconoce y ordena el pago de la asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 87% al señor (A) SC ® Valencia Giraldo Fabio Alfonso identificado con cédula de ciudadanía N°

10277776 (folio 4).

- i) Certificado emitido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en el que consta que el señor Fabio Alfonso Valencia laboró en la Policía Nacional por el término de 26 años, 1 mes y 21 días, en el grado de subcomisario, en consecuencia se reconoció asignación de retiro, a partir del 23 de noviembre de 2012, en cuantía equivalente al 87% del sueldo básico y partidas legalmente computables para el grado. Se le reconoció asignación de retiro en vigencia del Decreto 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad del Oficio E-00003-201714311 CASUR del día 11 de julio de 2014 en virtud del cual la demandada negó la inclusión de la partida subsidio familiar dentro de su asignación de retiro.

Pues bien, revisado el material probatorio que obra dentro del expediente se encuentra acreditado que el señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo laboró al servicio de la Policía Nacional por un total de 26 años, 1 mes y 21 días, además se constata que estuvo vinculado como agente alumno entre el 9 de febrero de 1987 y el 30 de junio de 1987; después como agente del 1 de julio de 1987 al 25 de junio de 1993; posteriormente estuvo como suboficial por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1993 hasta el 31 de agosto de 1994; y finalmente fue incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional entre el 1 de septiembre de 1994 hasta el 23 de agosto de 2012, fecha en la que inició sus tres meses de alta, los cuales finalizaron en noviembre de 2012<sup>4</sup>.

Igualmente, se encuentra probado que la entidad accionada mediante la Resolución 21715 de 26 de diciembre de 2012 reconoció a favor del señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo una asignación de retiro, en cuantía equivalente al 87% del sueldo básico de actividad para el grado y las partidas legalmente computables, de acuerdo con el Decreto

---

<sup>4</sup> Información verificada en la hoja de servicios obrante en el folio 14 del expediente.

1858 de 2012, con base en el tiempo requerido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y partidas legalmente computables del Decreto 4433 de 2004.

De lo anterior, la Sala colige que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, las partidas computables del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el Decreto 4433 de 2004, que reiteran el contenido del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, por cuanto contemplan las mismas partidas computables y dejan claro que no hay lugar a incluir ninguna otra para efectos de liquidar la asignación de retiro de ese personal.

Por tanto, no es procedente incluir el subsidio familiar reclamado por el actor al no estar contemplado como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, pues ello desconocería la voluntad del legislador.

Nótese que el legislador en la Ley 923 de 2004<sup>5</sup>, en su artículo 3.º, numeral 3.3, determinó que las partidas para liquidar la asignación de retiro deben corresponder a las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. Posición que armoniza con los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, y con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual para liquidar las pensiones solo debe tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada personal hubiese efectuado las cotizaciones.

En ese orden, no es de recibo el argumento expuesto por el señor Valencia Giraldo tendiente a que se le incluya para la liquidación de la asignación de retiro los factores contemplados en los Decretos 1212 o 1213 de 1990, bajo el entendido de que las partidas computables para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no pueden ser otras a las enlistadas de manera expresa en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y todas las que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales disponga de manera expresa, con la precisión de que frente a aquellas partidas deben realizarse los respectivos aportes.

---

<sup>5</sup> Por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

Ahora, en relación con la homologación del demandante al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, debe aclararse que el mismo no puede pretender la aplicación de un tercer régimen que contemple lo más favorable de cada uno de los sistemas que regulan a los suboficiales (Decretos 1212 y 1213 de 1990) y al personal del Nivel Ejecutivo (Decreto 1091 de 1995), puesto que debe aplicarse el régimen de manera integral.

A su turno, ha de precisarse que el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en reiteradas oportunidades<sup>6</sup> ha sostenido que el régimen pensional del Nivel Ejecutivo al que se acogieron libremente debe aplicarse en su integridad, toda vez que no es posible que en la nueva normativa del Decreto 1091 de 1995 existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de oficial o suboficial y, que a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido incluso mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

Igualmente, el Consejo de Estado concluyó que no puede estudiarse cada uno de los factores que comprende los regímenes que regulan la situación de los oficiales y suboficiales y los miembros del Nivel Ejecutivo, ya que al analizar en conjunto el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995, se observa que reportó mayores beneficios para aquellos que se incorporaron voluntariamente a esa categoría.

En esos términos, en el caso objeto de estudio el accionante se benefició ampliamente al cambiar de rango de suboficial al de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en materia salarial, comoquiera que en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que el legislador dispuso y, por ello, debe regirse integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se prevé ningún factor distinto a los reconocidos como partidas computables para la asignación de retiro, sin olvidar que le pagaron y reconocieron otro tipo de prestaciones propias del Nivel Ejecutivo al que voluntariamente homologó.

---

<sup>6</sup> Ver entre otras, la sentencia del 15 de febrero de 2018, radicado 170012333000201300081 01, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; sentencia del 15 de marzo de 2018, radicado 250002342000201306725 01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández; sentencia del 05 de julio de 2018, radicado 250002342000201201790 01, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Por último, en lo que se refiere a las sentencias a las que el actor hizo alusión en la demanda, se precisa que en las mismas no se analizaron situaciones idénticas a la suya, además la discrepancia de posiciones al interior de los jueces y magistrados no desconoce *per se* el derecho a la igualdad, ya que es natural que existan posiciones diferentes frente a un particular asunto, máxime cuando la decisión de esta Sala cuenta con la carga argumentativa suficiente y sigue la posición adoptada al respecto por el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como quedó fundamentado en el acápite normativo de esta providencia.

En consecuencia, en el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, al colegirse que no hay lugar a incluir ningún otro factor en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, pues en razón a su homologación al Nivel Ejecutivo le resultan aplicables los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, de conformidad con las razones aquí expuestas.

#### **Condena en costas. -**

Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...]salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda,

subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

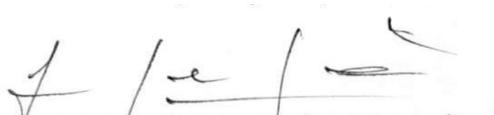
**FALLA:**

**Primero. - Confirmar** la sentencia de 8 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Veinte (20) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Fabio Alfonso Valencia Giraldo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional Casur, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. - Ejecutoriada** esta providencia, **devolver** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortega Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-026-2018-00354-01  
Demandante : **Matilde Rondón Herrera**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reintegro de mesadas adicionales en pensión de jubilación docente

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 49 a 53), contra la sentencia de 12 de junio de 2019, proferida el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 43 a 47).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 16 a 28). La señora Matilde Rondón Herrera, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de:

*i) que «[...] se declare la existencia del Acto Ficto presunto<sup>1</sup>, configurado por el silencio de la Administración, en relación a la solicitud radicada el 12 de Abril de 2018, dirigida al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se solicitó la suspensión y reintegro de los descuentos que se efectúan sobre la mesada adicional de Diciembre, o prima de diciembre de la pensión de Jubilación, con destino al régimen contributivo de salud; ii) declarar la nulidad del acto ficto o presunto, por medio del cual la entidad negó el*

---

<sup>1</sup> Se resolvió en audiencia inicial, donde se indicó que no se configuró silencio administrativo.

reintegro de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a: **i)** reintegrar **todos** los descuentos adicionales del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, descontados en las mesadas pensionales; **ii)** suspender los mencionados descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia y en adelante; **iii)** reajustar las diferencias solicitadas; **iv)** indexar el valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; **v)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 188, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo; y **iv)** pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** – La demandante como soporte del presente medio de control señaló que:

Laboró como docente estatal y cumplió la edad exigida por la ley para obtener la pensión de jubilación.

Devenga a parte de las 12 mesadas correspondientes al año, otra adicional, pagadera en diciembre equivalente al 100% de una mesada pensional. Sobre esta mesada adicional la entidad le ha efectuado unos descuentos equivalentes al 12% o 12.5% con destino al régimen contributivo en salud.

El 12 de abril de 2018, elevó solicitud ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión de los descuentos en la pensión de jubilación sobre la mesada adicional de diciembre, con destino al régimen contributivo de salud y que se le reintegrará de forma indexada los descuentos efectuados. La entidad, a pesar de que ya pasaron más de 13 meses, no ha dado respuesta a la solicitud, operando así el silencio administrativo, entendiéndose que la petición fue resuelta de forma desfavorable.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3°, y 58

de la Constitución Política, Ley 6ª de 1945, Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969; Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2002, Ley 797 de 2003 81 de la Ley 812 de 2003, 1250 de 2008; Código Civil.

La Fiduciaria la Previsora en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, abusó de su competencia discrecional al efectuar descuentos del 12% en salud, desde que se le reconoció la pensión a la señora Matilde Rondón, sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Respecto a la jurisprudencia proferida referente al tema, se puede determinar que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria la Previsora S.A. a realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre de la actora por lo tanto, su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la ley, al mantener la decisión de aplicar sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, descuentos no permitidos por la ley.

Expresó que *«[...] la responsabilidad del reintegro y suspensión de los descuentos en salud realizados a las Mesadas Adicionales recae en la Nación – Ministerio de Educación Nacional (quien actúa por intermedio de las Secretarías de Educación) y como quiera que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la encargada de manejar los Fondos o Recursos prestaciones sociales del Magisterio [...] quien goza de personería jurídica es el Ministerio de Educación Nacional».* [sic].

**Contestación de la demanda.** – Se observa que la entidad accionada no contestó la demanda.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de junio de 2019 (fs. 93 a 47), negó las pretensiones de la demanda por considerar que la señora Matilde Rondón Herrera se vinculó al sector oficial docente el 4 de febrero de 1994, cumpliendo los requisitos para adquirir la pensión de jubilación, por lo que actualmente percibe 13 mesadas al año, mesadas adicionales que han sido objeto de descuento por concepto de servicios en salud en cuantía del 12% mensual.

Dado que la docente se vinculó antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la administración de su pensión es el establecido en la Ley 91 de 1989, que autoriza el descuento del 5% sobre cada mesada pensional devengada por su beneficiario, incluyendo las adicionales, con el fin de financiar la prestación de los servicios de salud, tomando en cuenta, el reajuste del 12%.

A pesar que la Ley 812 de 2003 reguló el monto de las cotizaciones a salud de quienes devengan pensión por cuenta del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989.

Por lo que los descuentos realizados a la demandante en las mesadas adicionales están conforme a la ley. En ese orden, no le asiste razón a la parte demandante de solicitar la nulidad del acto ficto negativo, que negó el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoqué la sentencia de primera instancia y como consecuencia se acceda a la suspensión del descuento que se efectúa sobre la mesada adicional de diciembre de la pensión reconocida, y se reintegre de forma indexada los valores descontados en dicha mesada.

La entidad hace una equivocada interpretación de la normatividad aplicable en el caso, ya que no es válido argumentar que el descuento que se realiza sobre la mesada adicional de diciembre de la pensión de jubilación de la señora Matilde Rondón se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la Ley 91 de 1981, ya que allí solo se mencionan los recursos con los cuales se financiará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, más no permite exceder lo ordenado por ley, que es efectuar descuentos mensuales del 12% sobre las mesadas pensionales por concepto de salud.

Si bien es cierto que, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, también lo es, que la

Ley 812 de 2003 en su artículo 81 reguló el régimen prestacional de los docentes y estipuló que los descuentos que se efectuarán sobre las mesadas pensionales de las mismas, sería el fijado en la Ley 100 de 1993 es decir, que se hará un descuento del 12% mensual. Pero en ningún momento facultó a la Fiiduprevisora o a cualquier otra entidad a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Matilde Rondón Herrera le asiste derecho, o no, para reclamar de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y devolución de los descuentos de salud efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se **revocará** la sentencia de primera instancia que **negó** las pretensiones de la demanda, y en su lugar se **accederá** al reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre de la señora Matilde Rondón, en el entendido de que con la expedición de la Ley 812 de 2003 fue derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por tanto, a partir de la expedición de dicha norma no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los argumentos que pasan a exponerse.

**Marco Jurídico.** - En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

---

<sup>2</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes. No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se establecieron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que dispone:

*«ARTÍCULO 279. Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de [...]. Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]. (Resalta y subraya la Sala).*

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 3° la suscripción de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo texto dispone:

*«Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional».*

Para tal efecto, dicho contrato se celebró con la Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta<sup>3</sup> de carácter indirecto y del orden nacional. Sobre la naturaleza de la mencionada entidad fiduciaria la honorable Corte Constitucional, mediante C-783 de 13 de octubre de 1993, enseña:

«[...]

---

<sup>3</sup> Art. 464 del Código del Comercio. - Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%), o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.

*En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 1984<sup>4</sup> y, de conformidad con lo establecido por el párrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>5</sup>, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.*

[...]

*Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser esta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

[...]

*Como objeto de la sociedad figura ‘...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicione o reglamenten a las anteriores.’ (Estatutos Sociales, art. 5o.).*

*El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al ‘a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.’.*

*Ese mismo artículo 6o. de los Estatutos Sociales, le permite ‘[...] realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social [...]’. (Subraya la Sala).*

*Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que, en desarrollo de su objeto social, **le hayan sido***

---

<sup>4</sup> «Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento», dictado por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13, numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

<sup>5</sup> «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».

**asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.**

[...]».

Por otro lado, en cuanto a quién debe comparecer en juicio en los litigios que se susciten con ocasión del cumplimiento de las funciones y fines a los cuales deben aplicarse por mandato legal los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 23 de mayo de 2002, radicado 1423, consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, precisó:

«[...]

*La institucionalización de tales patrimonios autónomos mediante contrato de fiducia mercantil constituye una excepción a la contratación estatal, pues la ley 80 de 1993 prevé, como regla general, los encargos fiduciarios y la fiducia pública (art. 32 num. 5º inc. 7<sup>6</sup>), y por excepción la constitución de patrimonios autónomos en dos casos especiales: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales (artículo 41, parágrafo 2º inciso segundo), como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.*

*Las excepciones antes mencionadas obedecen posiblemente a que el legislador las estimó indispensables; en el caso de la titularización de activos e inversiones, para lograr su manejo eficiente y facilitar su negociación, y en el destinado a pago de pasivos laborales para garantizar su cumplimiento efectivo, por lo cual la Nación se desprende de la titularidad de unos recursos que prácticamente ya están comprometidos en la solución de obligaciones ineludibles.*

*Sin embargo, por tener la ley 80 carácter de ordinaria mediante leyes semejantes se han introducido otras excepciones adicionales a las atrás relacionadas, entre ellas pueden citarse la del artículo 13 de la ley 143 de 1994, respecto de la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992, la cual “manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado». Estas excepciones obedecen a decisión autónoma del legislador, la cual no le compete a esta Sala juzgar.*

*Ahora bien, si una ley crea un fondo sin personería jurídica y dispone que la administración de todos o parte de sus recursos podrá o deberá hacerse a través de la constitución de una fiducia mercantil, la misma ley puede establecer el régimen legal de los actos y contratos que se celebren en relación con dicho patrimonio autónomo, así como el de los actos que expidan o contratos que celebren las entidades fiduciarias que administren dichos patrimonios autónomos; si no lo dispone, resultará necesario recurrir al ordenamiento jurídico vigente para establecerlo.*

---

<sup>6</sup> «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley».

*En estas circunstancias, si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la respectiva entidad no tiene tal carácter, sino el de persona jurídica de derecho privado, el ejercicio de las funciones administrativas que implica la administración de los recursos públicos de un fondo a través de un patrimonio autónomo, se someterán a lo dispuesto en los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998 y en lo que corresponde a la administración bajo la modalidad de fiducia mercantil se aplicará lo estatuido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.*

*El artículo 1234 del código citado estatuye que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: [...] 4 Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”.*

*De la norma antedicha se desprende, como lo afirma el profesor Gilberto Peña Castrillón<sup>7</sup>, que “los fideicomisos mercantiles tienen capacidad procesal o legitimación para intervenir procesalmente, bien como demandantes, demandados o terceros porque la ley así lo determina expresamente y, en todo caso, porque resultaría un contrasentido que las normas sustanciales le impusieran al fiduciario unos deberes que solo pueden ejercitarse procesalmente - oponerse a medidas de ejecución y cautelares, por ejemplo -, y simultáneamente se pusiera en duda su legitimación procesal para los fines de aquellos “derechos reconocidos por la ley sustancial.*

[...]

### **1.3**

#### **El caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.**

*La ley 91 de 1989, en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

*El artículo 5° de la ley citada fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales: a) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; b) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; c) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; d) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

---

<sup>7</sup> Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Edit. Kelly, Bogotá, 1989, págs. 39 y 42.

*El artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.*

*La anterior disposición se complementa con lo que prescribe el artículo 180 de la ley 115 de 1994, en cuanto señala que serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. Y agrega. “El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales”.*

*De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.*

*En el contrato celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional con la Fiduciaria La Previsora S.A., que consta en escritura pública 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, D.C. constan las obligaciones que adquiere la Fiduciaria y por ende, en cuanto el cumplimiento de las mismas implique actos de representación del patrimonio autónomo, debe entenderse que esa representación corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A.*

*Por último, cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.*

[...].».

De conformidad con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá actuar en los procesos en los que se solicite el reconocimiento de derechos pensionales, mientras que la Fiduciaria La Previsora SA ejercerá la representación de dicha entidad en los asuntos relacionados con el pago de beneficios ya adquiridos.

Precisado lo anterior, los artículos 50<sup>8</sup> y 142<sup>9</sup> de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, así como en el precitado

---

<sup>8</sup> «MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión».

<sup>9</sup> «MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen

artículo 15 (numeral 2, letra b) de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-461 de 12 de octubre de 1995, discurrió así:

«[...]

*En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-*

*El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.*

*Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.*

*Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales».*

---

~~causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.~~

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996. PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual" (las expresiones tachadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994).~~

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966<sup>10</sup>, 732 de 1976<sup>11</sup>; Decreto ley 3135 de 1968 y en el artículo 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, el cual dispone:

*«PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

[...]

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional».*

En forma concreta, dicho descuento se previó para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, cuyo texto es del siguiente tenor:

*«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

[...]

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2» (negrillas fuera de texto).*

---

<sup>10</sup> El decreto 1743 de 1966, reglamentario de la ley 6 de 1966, prevé en su artículo 2º:

*«Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).*

*Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación».*

**PARÁGRAFO.** Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión».

<sup>11</sup> El Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispone en su artículo 16:

*«A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:*

*1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*

*2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria [...].».*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once por ciento (11%) para 1995 y doce por ciento (12%) para 1996, de lo recibido como mesada pensional<sup>12</sup>.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

*«Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización [...]»<sup>13</sup>.*

Ahora bien, respecto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispone:

*«ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.*

*Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»*

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales, prevé:

*«ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

[...]

---

<sup>12</sup> La Ley 1122 de 2007, «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», en su artículo 10 dispone que las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero puntos cinco por ciento (0,5%).

<sup>13</sup>Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

**Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales»** (negritas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>14</sup>, preceptúa:

«RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.

[...]

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

[...]

**PARÁGRAFO.** *Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989».*

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo relacionado con los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, sostuvo:

*«Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud;*

---

<sup>14</sup>«Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario», que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

*de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste»<sup>15</sup>.*

En consecuencia, la Sala observa que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**De lo probado en el proceso.** - Respecto de la contienda sometida a juzgamiento, obran en el plenario los siguientes documentos que prestan mérito probatorio y resultan relevantes en punto a su resolución del problema jurídico planteado:

- a) Derecho de petición de 12 de abril de 2018 radiado E-2018-61568, donde la actora solicitó:
- i) se le reintegre de forma indexada la totalidad de los descuentos efectuados sobre la mesada adicional de diciembre de su pensión de jubilación desde que adquirió el derecho pensional y ii)
  - se suspendan los descuentos que se efectuaron en la mesada adicional de diciembre como

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

cotización al régimen contributivo en salud (fs. 2 a 4).

b) Resolución 06071 de 7 de noviembre de 2007, proferida por el subsecretario administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por medio de la cual se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, a la docente Matilde Rondón Herrera, a partir del 11 de junio de 2006, de acuerdo con la aprobación a la liquidación impartida por la Fiduciaria la Previsora S.A. Se aplicaron, entre otras disposiciones las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 962 de 2005 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 3752 de 2003 (fs. 5 a 8).

c) Resolución 1304 de 1° de marzo de 2016, por medio de la cual, en cumplimiento de un fallo de tutela, la Secretaría de Educación de Bogotá se ajustó el pago de la pensión de jubilación reconocida a la actora (fs.9 a 11).

d) Comprobante de pago expedido por la entidad bancaria BBVA, donde se evidencia que la señora Matilde Rondón Herrera percibe la mesada adicional de diciembre (la cual aparece reflejada en diciembre) y se le realizan descuentos sobre esta suma (fs. 12).

e) Resolución 4667 de 10 de junio de 2016 «*por medio de la cual se acepta la renuncia a la Docente MATILDE RONDON HERRERA perteneciente a la planta de personal de la Secretaría de Educación del Distrito*», a partir del 21 de julio de 2016 (fs. 13 y 14).

f) Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Matilde Rondón Herrera, donde consta que nació el 10 de junio de 1951 (f. 15).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la señora Matilde Rondón Herrera presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de que se declare la existencia de la configuración del acto ficto presunto negativo que se generó por la no respuesta de la administración a la solicitud de la demandante del 12 de abril de 2018, y posteriormente se declare su nulidad, toda vez que a través de este el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó reintegro y suspensión de los descuentos de salud del 12% sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Matilde Rondón Herrera pretende se ordene a

la accionada reintegrar el valor correspondiente al 12% de los descuentos para salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de diciembre con los respectivos ajustes de ley, además de que se suspendan esos descuentos.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución 006071 de 7 de noviembre de 2007 reconoció a favor de la docente Matilde Rondón Herrera una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.415.259 m/cte., a partir del 11 de junio de 2006.

Asimismo, se encontró probado que en la mesada adicional que percibe la demandante en el mes de noviembre (que corresponden a diciembre) se efectúan descuentos por salud (f. 12), por lo que resulta procedente ordenar el reintegro de las sumas correspondientes a esos descuentos a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003.

Lo anterior, toda vez que tal como se expuso en el acápite normativo de la presente providencia con la expedición de la Ley 812 de 2003 se entiende derogado tácitamente el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que contemplaba el descuento para salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, por ello a partir de la expedición de la mencionada Ley 812 de 2003 no resulta procedente efectuar esos descuentos para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión desde el 11 de junio de 2006 y que aquella presentó la solicitud de suspensión y reintegro de la mesada adicional de diciembre, en cuanto a los aportes dobles de salud se refiere, el día 12 de abril de 2018; se tiene que operó el fenómeno de prescripción trienal sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al **12 de abril de 2015**, tal como lo dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Conforme a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se **revocará** el fallo de primera instancia que **negó** las súplicas de la demanda, y en su lugar se accederá al reintegro de las sumas descontadas por mesada adicional de diciembre que le efectuaron a la demandante.

En consecuencia la entidad demandada deberá reintegrar a la señora Matilde Rondón Herrera, las sumas descontadas por salud de las mesadas adicionales de diciembre, a partir del **12 de abril de 2015**, por haberse configurado el fenómeno de la prescripción, sumas que deben ser actualizadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>16</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

*ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

**Revocar** la sentencia de doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, que **negó** las súplicas de la demanda, interpuesta por la señora Matilde Rondón Herrera contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su lugar:

**Primero. - Declarar** la configuración de un acto ficto negativo, como consecuencia del silencio administrativo a la petición elevada por la demandante el 12 de abril de 2018, de conformidad a lo expuesto.

**Segundo. Declarar** la nulidad del acto ficto negativo por medio del cual la entidad accionada negó reintegrar los descuentos por salud efectuados a la mesada adicional de diciembre de la demandante, por las razones expuestas.

**Tercero.-** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada **reintegrar** a la señora Matilde Rondón Herrera, identificada con cédula de ciudadanía 41.537.636 de Bogotá, las sumas descontadas por salud de la mesada adicional de diciembre, a partir del **12 de abril de 2015**, por haberse configurado el fenómeno de la prescripción y la suspensión del pago de estos, tal como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto.** - La entidad demandada, **hará** la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

**Quinto.** - La entidad demandada, deberá **dar** cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Sexto.** - **Negar** las demás pretensiones de la demanda.

**Séptimo.** - Sin condena en costas en las dos instancias.

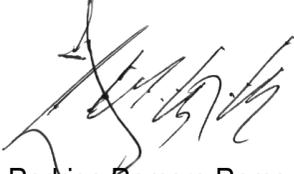
**Octavo.** - Ejecutoriada esta decisión **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-013-2018-00396-01  
Demandante : **Daniel Valderrama Duarte**  
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación de pensión de jubilación

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 150 a 164) contra la sentencia del 29 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 116 a 147).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 37 a 55). La señora Daniel Valderrama Duarte, mediante apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) GNR 325819 del 31 de octubre de 2016, mediante la cual le fue negada la reliquidación de su pensión; y (ii) VPB 2900 del 24 de enero de 2017, a través de la cual se confirmó el primer acto en todas y cada una de sus partes.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada (i) reliquidar su pensión teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, equivalente a una cuantía de \$ 1.213.209,21 m/cte., conforme al régimen ordinario de las Leyes 33 y 62 de 1985, y 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; (ii) pagar las diferencias pensionales entre lo que ha cancelado la entidad y que lo que se ordene en la sentencia que ponga fin al asunto; (iii) reajustar las sumas adeudadas conforme al IPC; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del

CPACA; (v) cancelar intereses moratorios de acuerdo con lo previsto en el inciso 3.º del artículo 192 del CPACA; y (v) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.** - La parte demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios en el sector privado desde el 18 de mayo de 1979 hasta el 30 de junio de 1992, periodo en el que cotizó en el Instituto de Seguro Social – ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; además por más de 20 años prestó sus servicios en el Estado, específicamente como conductor en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD.

Para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 ya había cumplido más de 40 años de edad, por lo que de acuerdo con el artículo 36 *ibidem* deberá respetársele las garantías y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones anteriores a la norma en mención.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante la Resolución GNR 255289 del 10 de octubre de 2013 le reconoció una pensión de jubilación por aportes conforme al Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$ 1.020.839 m/cte., efectiva a partir del 1.º de septiembre de 2012.

El 20 de septiembre de 2016 solicitó ante la entidad accionada el reajuste de su pensión a fin de que se incluyeran todos los factores. Petición que fue negada a través de la Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016. Decisión que, en atención a un recurso de apelación, fue confirmada por medio de la Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016.

En la liquidación de su pensión únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica, dejando de incluir el subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y horas extras, factores que devengó y fueron certificados por la entidad en la que laboró durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio. Lo anterior, pese a tener derecho a la aplicación del régimen ordinario contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985, y las demás normas concordantes con los factores devengados desde el 1.º de septiembre de 2011 al 31 de agosto de 2012.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** – La parte accionante citó como disposiciones normativas violadas por los actos acusados los artículos 2, 6, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 10 del Código Civil; Ley 4ª de 1966; Ley 5ª de 1969; Ley 33 y 62 de 1985; Ley 57 de 1987; 136 (inciso 2) de la Ley 100 de 1993; 138 de la Ley 1437 de 2011; así como los Decretos 1743 de 1966 y 3135 de 1968.

Para el efecto, explicó que no fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales a los que tenía derecho de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010. Igualmente, hizo énfasis en que no resulta aplicable a su caso los pronunciamientos sostenidos por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, por cuanto no es posible darle aplicación a criterios de interpretación que puedan desmejorar injustificadamente los derechos de los trabajadores públicos.

**Contestación de la demanda.** - (fs. 75 a 97) La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que en ningún caso procede la reliquidación pretendida por la actora.

Manifestó que los actos acusados gozan de plena validez y no es procedente acceder a lo peticionado en la demanda, comoquiera que el señor Valderrama Duarte se le liquidó su pensión con lo preceptuado en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, en cuanto al tiempo de servicio, edad y monto se le aplicó lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, 20 años de servicio, 55 años de edad y un monto del 75%, y en lo que refiere al IBL se le aplicó lo contemplado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017 y SU-023 de 2018, en las que se dispuso que el IBL no forma parte de la transición.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de mayo de 2019 (fs. 116 a 147) negó las pretensiones de la demanda al colegir que como la pensión del demandante fue liquidada con el 78% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, conforme a lo determinado en el Decreto 758 de 1990, dicho porcentaje resulta más favorable que el

consagrado en la Ley 71 de 1988.

Lo anterior, en razón a que la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018, estableció que la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respeta a los beneficiarios del régimen anterior al cual venían acogidos en cuanto edad, tiempo de servicio y monto, pero el IBL se calculará con el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus jurídico de pensionado o, en caso de acreditar más de 10 años cotizados, con el promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional. Por tanto, en cualquier escenario es improcedente reliquidar una prestación pensional de un beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 con la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

**La parte demandante** (fs. 150 a 164) Solicitó se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio en los términos de la Ley 71 de 1988.

Para el efecto, expuso que no es viable aplicar la jurisprudencia de manera retroactiva, máxime cuando se trata de derechos laborales adquiridos. Por ende, no es posible aplicar en su caso concreto la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que la misma se profirió con posterioridad a la presentación de la demanda.

Por lo anterior, concluyó que la regla que deberá aplicarse al resolverse su caso es la fijada en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, en aras de garantizar la seguridad jurídica de la Nación.

### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 12 de julio de 2019 (f. 166) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 09 de septiembre de 2019 (f. 171), en el que se dispuso la notificación personal al agente del

Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** – Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 29 de octubre de 2019 (f. 174), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad aprovechada por todas las partes.

**Parte demandante.** - (fs. 176 a 187) Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, consistentes en que le asiste derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio. De igual manera, solicitó aplicar el principio de favorabilidad en el sentido de que no podrá reliquidársele la mesada pensional con un valor inferior al ya reconocido.

**Parte demandada.** - (fs. 188 a 202) Insistió en lo que manifestó en la contestación de la demanda y explicó que a través de la Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016 la entidad al realizar el estudio de la prestación indicó que claramente la prestación reconocida es más favorable con lo determinado con el Decreto 758 de 1990, ya que el IBL se determina en un 78% y una cuantía de \$ 1.179.863 m/cte., muy superior al cálculo arrojado con la Ley 71 de 1988. Asimismo, en la Resolución VPB 2900 del 24 de enero de 2017 se desató un recurso de apelación y se señaló que no era posible desmejorar el derecho pensional del afiliado ni reliquidar la prestación pensional con todos los factores salariales del último año de servicio en atención al precedente de la Corte Constitucional fijado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en donde se dispuso que la liquidación del IBL no había sido objeto de transición.

**Ministerio Público.** - (fs. 203 a 21) Sugirió confirmar la decisión impugnada, pues a su juicio el actor tenía derecho al reconocimiento pensional conforme a la Ley 71 de 1988 o el Decreto 758 de 1990, pero tal como lo consideró la entidad accionada el decreto en mención es más favorable por corresponder al 78% de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio; contrario a ello con la citada Ley 71 equivaldría al 75% de los factores igualmente percibidos en los últimos 10 años de servicio. Significa que, con el régimen contenido en cualquiera de las dos normas, el IBL obedece a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto deben incluirse los factores que determina el Decreto 1158 de

1994 y que además hayan sido objeto del respectivo aporte o cotización a seguridad social en pensión durante el tiempo que le hiciera falta para el reconocimiento de la pensión o el promedio de los últimos 10 años.

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**Problema jurídico.** A la Sala corresponde determinar si al señor Daniel Valderrama Duarte, le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de la accionada la reliquidación de su pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, en atención al régimen de transición de la Ley 100 de 1993; y, además, analizar si el régimen aplicable fue el más favorable para los intereses del demandante.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad accionada aplicó correctamente el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 y, además, aplicó la norma que más favorable resultaba para los intereses de la parte actora, por las razones que se esbozaran en esta providencia.

**Marco normativo.** - Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo en busca de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Régimen de transición.** - La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>2</sup>.

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>3</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>4</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>5</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>6</sup> y SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>7</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001–23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con al IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido.

*de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

«[...]

92. 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».***

En esta providencia, se fijaron dos subreglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...].».

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial señaló:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones.

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le

debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**Acervo probatorio.** - En atención al material probatorio traído al plenario y conforme con los hechos constatados por el Tribunal, se destaca:

- a. Resolución GNR 255289 del 10 de octubre de 2013 mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del señor Daniel Valderrama Duarte, en cuantía de \$ 1.020.839 m/cte., efectiva a partir del 1.º de septiembre de 2012. Al respecto, la entidad indicó que previamente por medio de la Resolución 20444 del 28 de marzo de 2012 se concedió al actor pensión de vejez por aportes (Ley 71 de 1988), efectiva a partir del 1.º de julio de 2012, condicionada al retiro del servicio, pero que en este momento al realizar la

liquidación con la Ley 71 de 1988 la cuantía es inferior (\$ 1.005.526 m/cte.) a la que resulta de aplicar el Decreto 758 de 1990 (\$ 1.045.747 m/cte.) (fs. 2 a 5).

- b. Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016 por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones negó la reliquidación pensional solicitada por el aquí demandante, en el sentido de no ser procedente la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio conforme al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, además explicó que se realizó el estudio de la liquidación de la prestación teniendo en cuenta la Ley 71 de 1988, pero se reconoció conforme a los parámetros del Decreto 758 de 1990 por ser más favorable al arrojar un IBL del 78%, por contar con 1.053 semanas cotizadas exclusivas al ISS, (fs. 6 a 10).
- c. Resolución VPB 2900 del 24 de enero de 2017 a través de la cual la accionada, en atención a un recurso de apelación, confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión contenida en la Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016, que negó la reliquidación pensional petitionada por la parte actora (fs. 12 a 18).
- d. Certificado de información laboral, en el que se observa que el demandante laboró como conductor desde el 03 de julio de 1992 hasta el 31 de agosto de 2012 en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD (f. 20).
- e. Certificación emitida el 17 de julio de 20178 por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, en la que se señaló que el señor Daniel Valderrama Duarte fue funcionario en esa universidad desde el 03 de julio de 1992 hasta el 31 de agosto de 2012. Tiempo en el que estuvo en calidad de empleado público y señaló los factores que aquel devengó desde agosto de 2010 hasta agosto de 2012, a saber: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, horas extras, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones, subsidio de alimentación y subsidio de transporte (fs. 21 a 23).
- f. Derecho de petición radicado el 20 de septiembre de 2016 por la parte demandante ante la entidad accionada, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio

conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988 (fs. 24 a 27).

- g. Recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Resolución GNR 325819 del 31 de octubre de 2016 expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en el que insistió en que por favorabilidad la pensión debía reconocérsele teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 71 de 1988 y no en el Acuerdo 049 de 1990, y se le incluyan la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio público acudiendo a las Leyes 33 y 62 de 1985 por analogía (fs. 28 a 34).
- h. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Daniel Valderrama Duarte, en la que consta que nació el 02 de febrero de 1949 (f. 35).
- i. Copia del expediente administrativo correspondiente al señor Daniel Valderrama Duarte (fs. 62 CD).

**Caso concreto.** - Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad de las Resoluciones GNR 325819 del 31 de octubre de 2016 y VPB 2900 del 24 de enero de 2017, a través de las cuales la entidad accionada le negó el reajuste de la pensión de vejez y resolvió desfavorablemente un recurso de reposición interpuesto en contra del primer acto, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, el señor Valderrama Duarte pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año, con aplicación del régimen ordinario de las Leyes 33 y 62 de 1985, y 71 de 1988, en aplicación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que la pensión del demandante fue liquidada en aplicación al régimen más favorable, pues se tomó el 78% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, conforme a lo determinado en el Decreto 758 de 1990, porcentaje que es superior al aplicar lo consagrado en la Ley 71 de 1988.

Sin embargo, el demandante impugnó la anterior decisión e insistió en que le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, conforme a la aplicación del régimen previsto en la Ley 71 de 1988 que, en su criterio, por analogía debe atender a lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Pues bien, revisado el expediente la Sala observa que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante los actos administrativos censurados negó la reliquidación de la pensión de vejez del actor, la cual fue reconocida a partir del 1.º de septiembre de 2012, teniendo en cuenta el 78% del promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años en aplicación del Decreto 758 de 1990 y los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, de acuerdo al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En esos términos, la Sala colige que al demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión conforme a todo lo devengado en el último año de servicio, ya que como quedó ampliamente expuesto en el acápite normativo, las personas beneficiarias del régimen de transición tendrán derecho a conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto entendido únicamente como la tasa de remplazo, sin que en ningún caso se les pueda aplicar el ingreso base de liquidación establecido en el régimen anterior, por cuanto este asunto fue excluido por el legislador e incluido en el sistema general de pensiones, así, el IBL deberá ser calculado de acuerdo con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular del señor Daniel Valderrama Duarte no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, toda vez que no todos se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y en los términos en los que quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en dicha norma y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el presente asunto, por lo que los actos administrativos acusados continúan gozando de presunción de legalidad en lo que a este punto se refiere.

Ahora, en lo concerniente a la aplicación del Decreto 758 de 1990 ha de precisarse que en

efecto resultó más favorable para el demandante en razón a que de acuerdo con las semanas cotizadas la tasa de reemplazo corresponde al 78%, contrario a ello con la Ley 71 de 1988 es del 75%.

Adviértase que en aplicación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, independientemente de que se aplique el Decreto 758 de 1990 o la Ley 71 de 1988, el IBL bajo el cual se establecerá matemáticamente el cálculo de la pensión del señor Valderrama Duarte es el dispuesto en el sistema general de seguridad social, es decir, el tiempo establecido en el artículo 21 de la mencionada Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994, que fueron certificados por la entidad empleadora.

Se resalta que la decisión adoptada en la presente providencia se emite en estricto acatamiento de la interpretación normativa aplicable al caso particular, así como a la posición adoptada en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, la cual resulta aplicable al caso particular del aquí demandante, pues la Sala Plena del Consejo de Estado en la precitada providencia, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

**Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". [...]*».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que, aunque no prosperaron en su totalidad, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia del veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Daniel Valderrama Duarte en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

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

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero: Confirmar** la sentencia del veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Daniel Valderrama Duarte en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de acuerdo con lo expuesto en la presente providencia.

**Segundo:** Sin condena en costas, ni agencias en derecho en las dos instancias.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-050-2018-00443-01  
Demandante : **Gloria Elsy Rodríguez Parra**  
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reintegro de mesadas adicionales y reliquidación pensión docente con inclusión de factores a la fecha del retiro

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 94 a 99) contra la sentencia de 25 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 71 a 85).

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.** - (fs. 23 a 35). La señora Gloria Elsy Rodríguez Parra, mediante apoderada, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de que se declare la **nulidad** de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 3127 de 23 de marzo de 2018, proferida por la directora de talento humano de la Secretaría de Educación del Distrito, mediante la cual se negó el reajuste a la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la docente Gloria Elsy Rodríguez Parra y el reintegro de descuentos por concepto de salud. (fs. 10 y 11).
- Oficio 20170161007251 de 22 de agosto de 2017, expedido por la directora de afiliaciones y recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A., que negó la solicitud de reintegro y devolución de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales.

En consecuencia, de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a: i) reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por la docente durante el último año al cumplimiento del status pensional, esto es del 5 de noviembre de 2005 al 6 de noviembre de 2006, incluyendo las primas de habitación, alimentación, vacaciones y navidad; ii) reintegrar los valores descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia; iii) suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre la mesada pensional adicional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia; iv) indexar las sumas dejadas de pagar de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor IPC; v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187, 188 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; vii) pagar las costas del proceso.

**Fundamentos Fácticos.** - La señora Gloria Elsy Rodríguez Parra como soporte del presente medio de control, señaló los siguientes hechos, indicando que se vinculó como docente al servicio del Estado desde el 2 de abril de 1973, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y se le cancelaron los salarios y demás prestaciones sociales conforme al Decreto 2277 de 1979 y la Ley 91 de 1989.

Mediante Resolución 1247 de 29 de febrero 2008, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados.

El 9 de noviembre de 2017 elevó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio donde solicitó la revisión y ajuste de la pensión de jubilación reconocida por no haberse incluido todos los factores salariales en el IBL y así mismo solicitó el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicado en las mesadas adicionales desde el momento en que adquirió el estatus pensional. La entidad dio respuesta a través de la Resolución 3127 de 23 de marzo de 2018, donde negó lo solicitado.

Desde el primer pago de la mesada pensional se vienen efectuando los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales devengadas, sin que exista una norma vigente que así lo ordene, pues al haberse vinculado antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003.

**Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** - La señora Gloria Elsy Rodríguez Parra dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos administrativos enjuiciados los artículos 2º, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; de rango legal: Leyes 57 y 153 de 1887, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1992, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

Señaló que tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación reconocida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, en el 75% de lo percibido durante el año anterior al retiro, derecho que está protegido por el mandato de los artículos 2 y 25 de la Constitución Política, que ordena para el trabajador una protección especial por parte del Estado.

De igual forma la orden constitucional es dar protección y asistencia a las personas de la tercera edad a cargo del Estado, la sociedad y la familia, por lo que la entidad no puede desconocer los derechos adquiridos de la docente y se debe dar trámite de manera favorable a la petición.

En este caso se dejó de dar aplicación a lo establecido en la Ley 91 de 1989 referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados, aplicando de forma equivocada las Leyes 33 de 1985 y 812 de 2003 que contemplan los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, que goza de un régimen especial y es más favorable al pensionado; por el contrario se le aplicaron normas procedimentales diferentes, que son menos favorables, sin tener en cuenta el régimen especial que cubre a la actora.

La Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento de las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, las cuales no contemplan los mencionados descuentos en salud en las mesadas adicionales. Un doble descuento no autorizado por la ley constituye un abuso, ya que ante ninguna circunstancia pueden hacerse descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio.

**Contestación de la demanda.** - La entidad demandada, a pesar del tiempo que tuvo para responder, no contestó la demanda.

## II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25

de junio de 2018 (fs. 71 a 85), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda donde resolvió negar la reliquidación de la pensión de jubilación, y ordenar el reintegro de los valores cobrados en las mesadas adicionales, suspendiendo el cobro en lo sucesivo.

La demandante solicitó se reliquidara la pensión de jubilación teniendo en cuenta para el ingreso base de liquidación el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus, esto es, a partir del 5 de noviembre de 2005 al 6 de noviembre de 2006. Petición a la que no se puede acceder por cuanto el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985 como lo indica la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que solo se deben tener en cuenta los factores enlistados en el artículo 1° de las leyes mencionadas, sobre los cuales se hubiesen efectuado los respectivos aportes.

Se observa que la prestación reconocida tuvo en cuenta el salario percibido, y no incluyó los demás factores percibidos, no obstante, la entidad procedió conforme a la norma y la jurisprudencia, ya que los factores que solicita la demandante se tengan en cuenta para que formen parte del IBL no están enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Frente a los descuentos realizados a las mesadas adicionales por concepto de salud, los mismo se hicieron desde el reconocimiento pensional en los meses de junio y diciembre meses en los que percibe esta suma adicional. Razón por la cual teniendo en cuenta la jurisprudencia, se debió suspender el descuento con destino a salud de la mesada adicional a partir del 29 de febrero de 2008 (reconocimiento de la prestación) teniendo en cuenta que la norma especial consagrada en el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 fue derogada tácitamente por la Ley 812 de 2003 y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar los mencionados descuentos

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con algunos apartes de la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación mediante escrito de 27 de junio de 2019, donde argumentó: (fs. 94 a 99)

La sentencia de primera instancia debe ser revocada parcialmente y acceder la petición de reliquidar la pensión de jubilación, tomando como monto de la prestación el 75% del promedio

de salarios devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores que percibía, esto es aplicando las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 3752 de 2003 en su totalidad, orientados por el principio de la legalidad. Además, que se debe tener en cuenta que la jurisdicción ya ha fallado a favor en varias oportunidades y ha reliquidado la pensión de la manera como lo pretende la demandante.

Se debe tener en cuenta la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, en lo relacionado con los factores que integran el IBL de la pensión de jubilación reconocida conforme a la Ley 33 de 1985, donde se aduce que los mismos no deben interpretarse de forma taxativa, sino meramente enunciativa, ya que se vulnerarían los principios de favorabilidad, igualdad y de primacía de la relación sobre las formalidades.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido mediante auto de fecha 30 de junio de 2019 (f. 102) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 16 de septiembre de 2019 (f. 105), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3°) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Alegatos de conclusión.** - Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto del 18 de diciembre de 2019 (f. 108), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad que **no** fue aprovechada por las partes.

#### V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** - Conforme a la preceptiva del artículo 153<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

---

<sup>1</sup> «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

**Cuestión previa.** - Se observa que la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra, parte actora, apeló la decisión de primera instancia, **únicamente** en lo relacionado a la reliquidación de la pensión de jubilación al pretender que se le incluyan todos los factores devengados en el último año de prestación del servicio, en el ingreso base de liquidación (IBL), petición que negó el juez de Primera Instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que la única apelante fue la parte demandante y en aplicación del principio constitucional de la *non reformatio in pejus*, no habría lugar a estudiar argumentos diferentes a los expuestos en la alzada, ni a desmejorarla.

**Problema jurídico.** - Corresponde a la Sala determinar en esta oportunidad si a la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra, le asiste razón para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria, teniendo en cuenta para promediar el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados a la fecha del retiro.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia, en cuanto negó la reliquidación de la pensión de vejez. Toda vez, que si bien es cierto, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es, que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Para entrar a resolver el problema jurídico planteado, se entrarán a estudiar los siguientes temas, así: **i)** marco normativo (régimen pensional aplicable al personal docente); **ii)** material probatorio; **iii)** caso concreto; **iv)** condena en costas.

**i) Marco normativo.** - El Decreto Ley 2277 de 1979 precisó que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados públicos oficiales de régimen especial, esto únicamente en lo

relacionado con la materia que regula el mencionado Estatuto, es decir, que lo que se refiere a la pensión ordinaria de jubilación no tiene ningún trato especial es decir no gozan de un régimen especial.

Así las cosas, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

*«Artículo 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*[...]».*

A su vez, la Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hace una distinción entre el personal docente nacional, nacionalizado y territorial de la siguiente manera:

*«Artículo 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975.*

*3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

*[...]*

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las*

*normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley».*

Así mismo, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, inciso 2.º, excluyó a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, del Sistema Integral de Seguridad Social.

Conforme con lo anterior, se deduce entonces que a los docentes vinculados a partir de 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional; reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985.

La Ley 60 de 1993 indicó sobre el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la misma Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones, asimismo, en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

La Ley 33 de 1985 unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aplicable a todos los niveles que no estuviesen exceptuados por ley, tal como sucede para la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionales y nacionalizados respecto de quienes no se consagra un régimen legal especial; por tanto, es del caso dar aplicación a lo establecido por la citada Ley 33 de 1985 al encontrarse regulados en forma expresa los docentes nacionales y nacionalizados.

Es decir, los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, así como tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994,

y al estar sometida la parte accionante al régimen general de los empleados públicos, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años.

Igualmente, determina que la cuantía será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, modificadorio del artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, que prescribe:

«[...]

*Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, Dominicales y feriados, Horas extras, Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente en el inciso segundo del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

Ahora, en pronunciamiento el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, aclaró las pautas jurisprudenciales en materia de reconocimiento pensional de los docentes así:

*«De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

**a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

**b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones».**

Sobre el particular, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que:

*«Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios».*

En igual sentido, en la mencionada providencia se sustentó lo siguiente:

*«61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.*

*62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de*

*los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.*

[...]».

Si bien es cierto, que en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que la pensión de los docentes debía liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo el entendido de que el listado contenido en la Ley 62 de 1985 era solo enunciativo, también lo es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, se decide modificar la posición, en el sentido de entender que el IBL para la pensión de los docentes comprende el período del último año de servicio docente y los factores salariales que deben incluirse son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren taxativamente dispuestos en la Ley 62 de 1985.

Así la cosas la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- ✓ En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes se encuentran exceptuados del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Los docentes por su tipo de vinculación pueden ser nacionales, nacionalizados o territoriales.
- ✓ A partir de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían devengando, y los docentes nacionales y los que se vinculen con posterioridad a dicha ley, se regirán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, esto es la Ley 33 de 1985, por ser la norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91.
- ✓ Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los vinculados con anterioridad a dicha norma se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

**ii) De lo probado en el proceso.** - Se relacionan las pruebas aportadas por las partes que

guardan relación con el objeto de estudio:

a) Cédula de ciudadanía de la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra, donde consta que nació el 6 de noviembre de 1951 (f. 3).

b) Resolución 001247 de 29 de febrero de 2008, proferida por la subsecretaria administrativa de la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual se reconoció mensual vitalicia de jubilación a la docente Gloria Elsy Rodríguez Parra, por la suma de \$1.020.638 a partir del 7 de noviembre de 2006, bajo los parámetros de las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 962 de 2005, teniendo en cuenta el promedio de los salarios de servicio anterior al cumplimiento del status en un 75% (fs. 4 y 5).

c) solicitud de reajuste de la pensión, sin fecha, elevada por la demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde pretende a que se ordene la reliquidación de la prestación teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados, como son sueldo, primas de: alimentación, habitación, vacaciones y navidad, así como bonificaciones y horas extras, que devengó en el año anterior al status pensional, esto es entre el 6 de noviembre de 2005 al 6 de noviembre de 2006. Acorde con lo establecido en la Ley 33 de 1985 (fs. 8 y 9).

d) Resolución 3127 de 23 de marzo de 2018, expedida por la directora de talento humano de la Secretaría de Educación del Distrito, mediante la cual se negó la solicitud de reajuste de la pensión de jubilación reconocida a la docente Gloria Elsy Rodríguez Parra y el reintegro de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales (fs. 10 y 11).

e) Oficio 20170321001512 de 22 de agosto de 2017, expedido por la Fiduprevisora donde dan respuesta al derecho de petición, manifestando que «[...] no es posible acceder favorablemente a la petición de la devolución de las sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales de [su] pensión recibida [...]» (fs. 14 y 15).

f) Extracto de pagos proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio donde se evidencian los ingresos y descuentos de la docente Gloria Elsy Rodríguez Parra desde el 6 de noviembre de 2006 al 31 de julio de 2007 (fs. 16 a 19).

g) Formato único para expedición de certificado de salarios de 11 de agosto de 2017, donde se puede determinar que la actora se desempeñó en el cargo de docente desde el 2 de abril de 1973, y devengaba además de sueldo, prima de alimentación, prima de habitación, prima de navidad y prima de vacaciones (fs. 20 a 22)

**iii) Caso concreto.-** Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la demandante estuvo vinculada laboralmente como docente desde el 11 de marzo de 1974, asimismo se demostró que la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra nació el 6 de noviembre de 1951, por lo que adquirió su status jurídico de pensionada el 6 de noviembre de 2006, es decir, cumplió con los requisitos de edad, pues ya tenía más de 55 años de edad y acreditaba más de 20 años de servicio.

Asimismo, se encuentra que la entidad accionada al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la actora tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, con inclusión del sueldo básico, esto es, sin tener en cuenta, las primas de alimentación, habitación vacaciones y navidad, las cuales devengaba como factor salarial, según se evidencia en el formato único de salarios que obra a folios 20 del expediente.

En ese sentido, se tiene que la demandante en su calidad de docente, con fecha de ingreso anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, **2 de abril de 1973**, se encuentra regida por lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ser las normas legales vigentes dado que, tal como se expuso en el marco normativo de la presente providencia, las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y, por tanto, las citadas Leyes 33 y 62 de 1985 resultan aplicables en casos como este.

Así las cosas, se arriba a la conclusión de que el monto de la pensión para el caso particular de la demandante se logra teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada, siempre que se encuentren relacionados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985<sup>2</sup>, tal como lo dispuso el máximo órgano

---

<sup>2</sup> «[...] ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de

de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 680012333000201500569-01, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En consideración a lo anterior, no hay lugar a acceder a lo pretendido por la parte demandante, puesto que su inconformidad radica en que la accionada al liquidar su pensión no incluyó todos los factores salariales devengados a la fecha del retiro, como son: las primas de alimentación, habitación vacaciones y navidad, las cuales devengaba como factor salarial, factores que **no** eran objeto de inclusión por no encontrarse enlistados en la Ley 62 de 1985, ya que como quedó expuesto solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en la citada Ley 62 y sobre los cuales se hayan efectuado aportes, situación que no se constata en el caso concreto, por lo que se concluye que el acto administrativo acusado continua gozando de presunción de legalidad, únicamente en relación a la reliquidación pensional.

Por otro lado, la Sala advierte que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de preferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese momento, tanto así que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

En ese entendido, se tiene que dichos pronunciamientos si resultan aplicables a la situación particular de la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra, ya que su caso se encuentra en discusión en vía judicial y, por tanto, hay lugar a aplicar las reglas fijadas en las sentencias de unificación

---

*representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes».*

emitidas por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de ser el caso de la Corte Constitucional.

En esos términos, se **confirmará** la sentencia del 25 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda**, ya que negó la reliquidación pensional teniendo en cuenta todos los factores devengados por la actora en el año inmediatamente anterior al status pensional; por no estar enlistados en la Ley 62 de 1985.

**iv) Condena en costas.** - Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.»*

De la norma transcrita, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «*disponer*», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>3</sup>, en la que precisó:

*«[...] Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y "solo*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 27 de agosto de 2015, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014).

*habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

[...]».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos. Factores que deben ser ponderados por el juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

#### **FALLA:**

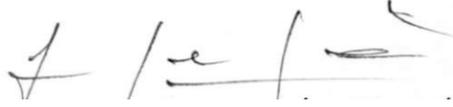
**Primero. - Confirmar** la sentencia del veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito de Bogotá, que **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Gloria Elsy Rodríguez Parra contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. - Sin condena en costas en las dos instancias.**

**Tercero.- Ejecutoriada esta providencia, devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

mch



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón

Bogotá, D.C., cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2018-01098-00  
Demandante : **Blanca Graciela Castellanos Fernández**  
Demandado : Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de a Protección Social - Ugpp  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Reliquidación pensión de jubilación, tomando para el cálculo del ingreso base de liquidación la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de prestación de servicio de conformidad a lo establecido en el Decreto 546 de 1971.

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia, conforme al mandato de la Ley 1437 de 2011.

## I. ANTECEDENTES

**El medio de control.-** (fs. 1 a 13). La señora Blanca Graciela Castellanos Fernández, por conducto de apoderado judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acudió ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la **nulidad parcial** de los siguientes actos administrativos:

- Resolución RDP 015153 de 11 de abril de 2017, proferida por el subdirector de determinación de derechos pensionales (E) de la Ugpp, a través de la cual se reliquidó el pago de una pensión de vejez a favor de la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández, a partir del 1° de septiembre de 2016, «*pero con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio*» (fs. 44 a 47).

- Resolución RDP 021036 de 22 de mayo de 2017<sup>1</sup>, expedida por la entidad

---

<sup>1</sup> Nulidad total

demandada mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, confirmándola en todas sus partes (fs. 61 a 61).

- RDP 023785 de 6 de junio de 2017<sup>2</sup>, donde el director de pensiones de la Ugpp al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución RDP 51153 de 11 de abril de 2017 y la confirmó (fs. 65 y 66).

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la entidad demandada a: **i)** reliquidar la pensión reconocida mediante Resolución UGM 006836 de 7 de septiembre de 2011, calculando el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año, de conformidad a lo establecido en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971; **ii)** reconocer y pagar el respectivo retroactivo «*en razón al mayor pensión de valor que se debe liquidar y pagar a [su] favor*»; **iii)** indexar las sumas dejadas de percibir, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE; **iv)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187 y 192 de 2011; y **v)** Pagar las costas del proceso.

**Fundamentos fácticos.-** La demandante señaló como soporte del presente medio de control, que nació el 27 de enero de 1958, y es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Prestó sus servicios como empleada pública al servicio de la Procuraduría General de la Nación desde el 11 de marzo de 1986 hasta el 2 de septiembre de 2016, tal y como se soporta en la Resolución 17632 de 2009.

El 7 de agosto de 2009 solicitó ante Cajanal el reconocimiento y pago de una prestación económica por vejez de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971. La entidad mediante Resolución PAP 005689 de 6 de julio de 2010, reconoció la prestación según lo solicitado, pero teniendo como base para el IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

---

<sup>2</sup> Nulidad total

Inconforme interpuso recurso de reposición con el fin de que fuera reliquidada la prestación teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, a lo que accedió la entidad a través de Resolución UGM 006836, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio oficial para el disfrute de la pensión.

Posteriormente, la entidad reliquidó la prestación teniendo en cuenta para el ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado durante los último 10 años de servicio, decisión que impugnó y que la entidad continuó aportando.

## II. TRÁMITE PROCESAL

Revisado el expediente de la referencia, se advierte que la demanda fue admitida a través de auto de 7 de diciembre de 2018 (fs. 101 y vto.), en el que se ordenó la notificación personal al representante legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales Uggp, la directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la agente del Ministerio Público; así mismo se dispuso dar traslado de la demanda por 30 días.<sup>3</sup>

**Contestación de la demanda.-** (fs. 114 a 124). Mediante escrito de 22 de julio de 2019, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Uggp, a través de apoderada, dio contestación a la demanda, donde se opuso a las pretensiones presentadas y propuso las excepciones de «*inexistencia de la obligación*»; «*excepción de buena fe*»; «*prescripción*»; y «*ausencia de causa para demandar*».

Afirmó que los actos demandados fueron expedidos teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en los cuales se reconoció el derecho, siguiendo lo consagrado en el régimen especial del Decreto 546 de 1971 y la Ley 100 de 1993, atendiendo los presupuestos legales aplicables para el caso particular, no siendo viable acceder a la reliquidación pretendida.

Resaltó que la resolución mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez a la

---

<sup>3</sup> Artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

demandante, se calculó teniendo en cuenta los salarios devengados en los últimos 10 años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Enfatizó que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 230 de 2015 dio claridad al indicar que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló edad, tiempo y monto, como aspectos que se deben tener en cuenta para la transición.

Esto nos conduce a que se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior, no obstante, para el ingreso base de liquidación de debe dar aplicación a los 10 últimos años o los que le hiciera falta y factores taxativos establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 100 de 1993.

**Audiencia inicial.-** (fs. 155 a 159 y CD). El 26 de noviembre de 2019, se celebró la audiencia prevista en el artículo 180 (numeral 1°) de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia.

En esta diligencia, entre otros aspectos; se adujo: **i)** respecto a las excepciones propuesta, se indicó que se resolverían con el fondo del asunto por no tener la calidad de previas consagradas en los artículos 180 (numeral 6°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 100 del Código General del Proceso; **ii)** que existía litigio en relación a si procede: a) declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados; b) como consecuencia de la nulidad, reliquidar la pensión de vejez de la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández, tomando el cálculo del ingreso base de liquidación de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de prestación de servicio de conformidad a lo establecido en el Decreto 546 de 1971; **iii)** se tuvieron como pruebas las obrantes en el expediente; y **iv)** después de agotada la etapa probatoria, se ordenó a las partes presentar los alegatos de conclusión por escrito, ante la imposibilidad de constituir Sala de Decisión.

**Alegatos de conclusión.-** Está oportunidad fue aprovechada por las partes y por el Ministerio Público, así:

**Entidad demandada.- Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp** (fs. 160 a 164) en los alegatos de conclusión adujo que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y la tasa de remplazo de la pensión de las personas a que al momento de entrar en vigencia el sistema tenga 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 años de edad si son hombres o 15 más años de servicio cotizados, serán los previstos en el régimen anterior y el IBL debe aplicarse lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones con destino al sistema general de pensiones.

En ese orden, la pensión del demandante se ajusta a lo legal toda vez que se reconoció conforme a los parámetros señalados en el decreto 546 de 1971 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, y el ingreso base de liquidación se realizó bajo las reglas de la Ley 100 de 1993.

**Parte demandante.-** (fs. 208 y 211), en escrito de 11 de diciembre de 2019 presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en cuanto a que se reliquide la pensión teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación el cálculo del ingreso base de liquidación la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año, tal como lo establece el Decreto 546 de 1971.

### III. CONSIDERACIONES

**Competencia.-** Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en primera instancia, de acuerdo a lo regulado por el artículo 152 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011.

**Problema jurídico.** - Se contrae a determinar si a la parte demandante, le asiste derecho de reclamar a la Ugpp que la pensión de jubilación reconocida le sea reliquidada teniendo en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de prestación de servicios de conformidad a lo establecido en el Decreto 546 de 1971, por ser beneficiaria del régimen de transición y se rige por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

**Tesis de la Sala.** – En el asunto sometido a estudio se **negarán** las pretensiones de la demanda, ya que aunque se demostró que la señora Blanca Graciela es beneficiaria del régimen de transición, toda vez que 1° de abril de 1993 contaba con 35 años de edad, razón por la que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación aplicando los parámetros del decreto 546 de 1971, ahora bien, con respecto a la reliquidación solicitada en cuando al cálculo del ingreso base de liquidación debe hacerse sobre el 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de prestación del servicio, no es posible acceder a lo pretendido toda vez que, como se pasará a desarrollar, el IBL no formó parte del régimen de transición.

Para desatar el problema jurídico, procederá la Sala a abarcar los siguientes temas así: **i)** normatividad del régimen de transición; **ii)** Régimen pensional de los empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público; **iii)** recuento del material probatorio que obra en el expediente; **iv)** caso concreto; **v)** excepciones; **vi)** las costas en el proceso

**i) Régimen de transición.-** La Ley 100 de 1993, fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Debe decirse que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, mediante el Decreto 691 de 1994, norma que en su artículo segundo, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, precisó que el Sistema General de Pensiones comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional, el 1.º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, en la fecha en que determine el respectivo gobernador o alcalde, pero en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

No obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en

vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (1.º de abril de 1994) contarán con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Asimismo, en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se fijó en forma expresa que el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho (desde la entrada en vigencia de dicha norma), es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

Ahora, sobre el régimen de transición debe indicarse que la discusión en torno a su interpretación y aplicación no ha sido pacífica, ya que por mucho tiempo se entendía que la aplicación del régimen antecesor a la Ley 100 de 1993 incluía todos los aspectos que regulara la norma anterior, incluso se reconocían todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, aspecto que fue sostenido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Sin embargo, tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 modificó su posición en relación con la forma de interpretar y aplicar el régimen de transición, providencia en la que declaró la exequibilidad del régimen especial de los congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y en la que respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición por lo que declaró inexecutable la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015<sup>5</sup>, amplió la interpretación dada en la sentencia C-258 de 2013 a todos los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró que el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para calcular la mesada pensional cuando el administrado sea acreedor del mencionado régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es otro diferente al establecido en el artículo 36 de esa ley.

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016<sup>6</sup>, SU-210 de 4 de abril de 2017<sup>7</sup>, SU-395 de 22 de junio de 2017<sup>8</sup> y SU-023 del 5 de abril de 2018<sup>9</sup>, que reiteraron la línea jurisprudencial sostenida por el máximo órgano constitucional, y asentaron que a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, debía aplicárseles el IBL del inciso 3 del artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, modificó la postura de la Corporación frente al régimen de transición y fijó nuevas reglas en las que precisó lo siguiente:

«[...]

*91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, al tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amaris

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

*que estén consagrados para el Sistema General de Pensiones, Indudablemente, le son más favorables».*

«[...]

92. 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».**

En esta providencia, se fijaron dos sub reglas para efectos de liquidar el IBL, así:

«[...]

94. **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 hiciere 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.

[...]

96. **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.

97. 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 [...]

En torno de los factores salariales que deberán tenerse en cuenta, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial, señaló lo siguiente:

«[...]

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con

*la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones».*

Sobre el particular, se resalta que la actual postura del órgano de cierre de esta jurisdicción consiste en que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador le confirió efectos ultractivos a algunos requisitos de los regímenes anteriores tales como la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto.

No obstante, conforme con la providencia en cita se concluye que la definición del monto quedó supeditado a dos aspectos, el primero relativo a la tasa de remplazo y el segundo al IBL, sobre el primer asunto, esto es la tasa de remplazo, se tiene que la misma es la estipulada en la norma anterior, pero en cuanto al IBL ultimó que es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto del contenido de dicho inciso se denota que la intención del legislador fue la de excluir esta cuestión del régimen de transición, para en su lugar, fijarle las reglas del sistema general de pensiones

Igualmente se destaca que en la precitada providencia de unificación se aclaró que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 superó la voluntad del legislador, por lo que debía acatarse la nueva pauta de la jurisprudencia constitucional.

Por último, resulta pertinente traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en virtud del cual se estableció que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen, acrediten haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de dicho acto legislativo, esto es, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantuvo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

**A manera de conclusión sobre la interpretación del régimen de transición.** Se precisa que si bien, en virtud del principio de inescindibilidad normativa y en acatamiento a lo antes dispuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión de antaño entendía que el régimen de transición

debía aplicarse de manera integral, esto es, con todas las condiciones establecidas en el régimen anterior incluida la edad, tiempo de servicio, monto, IBL y tasa de remplazo, lo cierto es que en acatamiento a las nuevas posturas jurisprudenciales, en especial la reciente adoptada en sentencia de unificación del Consejo de Estado, se modifica dicha posición, en el sentido de entender que el IBL que se le debe aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por cuanto fue un aspecto excluido de la aplicación ultractiva prevista para el régimen de transición.

Así las cosas, la Sala fija como nueva postura, que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetará la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto entendido únicamente como tasa de remplazo conforme a las directrices fijadas en la norma anterior, pero el IBL que se les aplicará será el dispuesto en la Ley 100 de 1993, así:

a. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

b. 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 IPC, según certificación que expida el DANE.

Todo lo anterior, bajo el entendido de que los factores salariales que deben incluirse 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.

**ii) Régimen pensional de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.** - Ahora bien, con respecto a la pensión de jubilación reconocida a los servidores

de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, bajo los requisitos del Decreto 546 de 1971<sup>10</sup>, se tiene que preceptúa en su 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».*

Por otra parte, respecto de los factores salariales de los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 previó:

*«Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.*

*Son factores de salario:*

*Los gastos de representación*

*La prima de antigüedad*

*El auxilio de transporte*

*La prima de capacitación*

*La prima ascensional*

*La prima semestral, y*

*Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio».*

La norma anterior, además de consagrar algunos factores salariales de los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, señaló que constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Sin embargo, concerniente a lo anterior, la H. Corte Constitucional en Sentencia SU 631 de 12 de octubre 2017, Magistrada sustanciadora: Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado, señaló:

*«[...] el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 al establecer que “los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho [...] 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*

---

<sup>10</sup> «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»

*actividades citadas”, establece como IBL la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio el funcionario y, como monto pensional, el 75% de ese ingreso.*

*La jurisprudencia de esa Corporación, como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL 11. De tal modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conlleva “la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación”<sup>12</sup> y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad<sup>13</sup>.*

*Todo ello para decir que el primero de los criterios para identificar la existencia de un posible abuso del derecho ocurrido en forma palmaria, es el reconocimiento y aplicación de un IBL distinto a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, siempre que el derecho se haya adquirido durante su vigencia.»*

Del análisis efectuado por la Corte Constitucional en el pronunciamiento relacionado con el «*Régimen especial de la Rama Judicial y el Ministerio Público, tutela contra providencia judicial, vinculaciones precarias, abuso del derecho en forma palmaria, alcance del régimen de transición y exclusión del IBL*», se destaca con claridad que respecto del régimen de transición de los beneficiarios del Decreto 546 de 1971, le son aplicables las condiciones exceptuando lo concerniente al IBL.

---

<sup>11</sup> Sentencias C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y el índice base de liquidación, se encontró con que “*Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL debe aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio*”. Lo anterior, entre otras por considerar que “*el término monto al que se refiere al inciso segundo del artículo 36 comprende tanto la tasa de reemplazo –porcentaje- como el IBL, pues la primera indefectiblemente debe ser aplicada junto con el segundo para poder establecer el monto de una pensión*”. Al respecto concluyó que “*(i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexequibilidad de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.*”; y SU-230 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>12</sup> Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>13</sup> Ídem.

**iii) Material probatorio.-** En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal se destaca lo siguiente:

a) Cédula de ciudadanía de la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández, donde se observa que nació el 27 de enero de 1958 (f. 17).

b) Resolución PAP 005989 de 6 de julio de 2010 proferida por el liquidador de Cajanal, mediante la cual reconoció y pagó una pensión mensual vitalicia por vejez a la demandante, efectiva a partir del 1° de julio de 2009, aplicando lo establecido en el Decreto 576 de 1971 y el Decreto 1158 de 1994 (fs. 18 a 24).

c) Recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución PAP 005989 de 2010, solicitando la reliquidación de la prestación teniendo en cuenta el 75% del ingreso más alto devengado como procuradora judicial y todos los factores devengados el (fs. 25 a 37).

d) Resolución UGM 006836 de 7 de septiembre de 2011 a través de la cual el liquidador de la extinta Cajanal modificó la Resolución 005989 de 6 de julio de 2010, señalando que *«para determinar el Ingreso Base de Liquidación se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del decreto 546 de 1971, aplicando el 75.00% sobre un ingreso base de liquidación conformado por la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio [...]»* [sic] (fs. 38 a 43).

e) Resolución RDP 015153 de 11 de abril de 2017, proferida por la entidad demandada, donde se resolvió: (fs. 44 a 47)

«[...]

*En conclusión se procede a negar la solicitud de reliquidación pensional en los términos solicitados, es decir, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados conforme al Decreto 546 de 1971, pues, se reitera, en aplicación del régimen de transición desarrollado por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 se respeta la edad, tiempo y monto del régimen anterior (Decreto 546 de 1971) pero se liquida la mesada con los últimos 10 años de servicio o el*

*tiempo que les hiciera falta y la inclusión únicamente de los factores salariales que se encuentran establecidos por el decreto 1158 de 1994.*

[...]

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Reliquidar el pago de una pensión de VEJEZ a favor del(a) señor (a) CASTELLANOS FERNANDEZ BLANCA GRACIELA [...] efectiva a partir del 1 de septiembre de 2016, pero con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio.*

[...]» [sic].

f) Resolución RDP 021036 de 22 de mayo de 2017, a través de la cual el subdirector de determinación de derechos pensionales de la Ugpp resolvió un recurso de reposición confirmando la anterior decisión expuesta (fs. 61 a 63).

g) Resolución RDP 023785 de 6 de junio de 2017, expedida por el director de pensiones de la entidad demandada, donde resolvió dando respuesta a la apelación elevada, confirmar en todas sus partes la Resolución RDP 015153 (fs. 46 a 47).

h) Certificado de información laboral, donde consta que la señora Blanca Graciela Castellanos laboró con la Procuraduría General de la Nación desde el 11 de marzo de 1986 hasta el 1° de septiembre de 2016, que devengaba además de sueldo: prima de antigüedad, gastos de representación, remuneración por servicios prestados (fs. 68 a 74).

**iv) Caso concreto.** – Del material probatorio se observa que la señora Blanca Graciela Castellanos: i) es beneficiaria la régimen de transición, toda vez que para el 1° de abril de 1993 contaba con más de 35 años de edad; ii) por ser beneficiaria de dicho régimen se encuentra amparada por el régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, ya que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) cumplía con los requisitos exigidos, además, iii) trabajó para la Rama Judicial por más de 20 años, puntos sobre los cuales no existe discusión.

Se tiene que por medio de Resolución PAP 005989 de 6 de julio de 2010, proferida por el liquidador de Cajanal se reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez a la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández bajo los parámetros establecidos en el Decreto 546 de 1971, posteriormente reliquidada en el IBL donde se aplicó el 75% conformado por la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

Prestación que fue modificada a través de Resolución RDP 015153 de 11 de abril de 2017, donde la entidad reliquidó la prestación, resaltando que en cuando a edad, tiempo y monto con el régimen del Decreto 546 de 1971, pues el régimen de transición desarrollado por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 se respeta la edad, tiempo y monto, pero en cuanto al IBL liquidó la mesada teniendo en cuenta los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta y la inclusión únicamente de los factores salariales que se encuentran establecidos por el Decreto 1158 de 1994.

Es decir que la entidad al reconocer la prestación, verificó que la demandante cumplía con las condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual concluyó que tenía derecho a los beneficios del monto, tiempo y edad del régimen contenido en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, pero en lo concerniente al I.B.L., aplicó lo indicado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Entonces, corresponde a esta Sala entrar a determinar si en virtud de ese régimen de transición se le debió haber reconocido la pensión al demandante con base en lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, de manera integral, es decir teniendo en cuenta en la base de liquidación la asignación más elevada por la actora en el último año de prestación de servicio, o si por el contrario, resulta adecuado que se le haya reconocido la mencionada pensión de jubilación con base en el IBL contemplado en la Ley 100 de 1993.

Así pues y como ya se dijo, sobre la aplicación del artículo 6° del Decreto 546 de 1971 no existe discusión, las partes en ningún momento controvierten que los requisitos exigidos para ser beneficiarios de dicho régimen no se hayan cumplido, no obstante con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la incorporación obligatoria de todos los servidores públicos al Sistema de Seguridad Social Integral, las disposiciones aplicables a los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público en el tema pensional es el señalado en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos sin perjuicio de lo señalado para los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la misma Ley 100, como lo fue el caso de la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández.

Si bien es cierto esta Sala de Decisión reconocía anteriormente estos derechos prestacionales con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, según la preceptiva de cada régimen especial, también lo es que, en atención a los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales dicha posición fue modificada tal como se expuso en el acápite normativo, es decir que la situación de la actora para efectos de la liquidación del IBL de su pensión se encuentra acorde a derecho, ya que la parte demandada además de reconocer que la señora Blanca Graciela es beneficiaria de un régimen especial, aplicó la normativa correcta para la liquidación del monto pensional en el que determinó el ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo los factores salariales que se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

De conformidad con todas las razones expuestas, la Sala Concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia se **negarán** las pretensiones de la demanda presentada por la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, de conformidad a las razones expuestas.

**v) Excepciones propuestas.-** Se observa que la entidad accionada presentó las siguientes excepciones de fondo «*inexistencia de la obligación*»; «*excepción de buena fe*»; «*ausencia de causa para demanda*», «*genérica*». Respecto al medio exceptivo de «*inexistencia de la obligación*», es preciso indicar que en el desarrollo del proceso se demostró que la entidad demandada no tenía la obligación de reliquidar la pensión como lo pretendía la señora Blanca Graciela, toda vez que el ingreso base de liquidación no fue incluido dentro del régimen de transición como ya se explicó, razón por la que no existió obligación para la Ugpp.

La excepción de «*buena fe*» **no** está llamada a prosperar, toda vez que, aunque en el proceso no se accedió a las pretensiones propuestas por la demandante, no se probó que existiera mala fe en su petición, más aun cuando la posición de la jurisdicción ha cambiado de postura, respecto a la no inclusión del IBL como parte del régimen de transición.

Ahora bien, con relación a los demás medios exceptivos planteados es preciso indicar que de la lectura de los argumentos en que se fundamentan, se puede deducir que no se trata de excepciones propiamente dichas, sino de argumentos de defensa, en este orden de ideas, la Sala las estudió con el fondo del asunto.

**vi) De la condena en costas.-** Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

*«[...] salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».*

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 27 de agosto de 2015<sup>14</sup>, así:

*«[...]*

*Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.*

*La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya*

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado N° 190012333000 2012 00725 01 (1422 - 2014); demandante: Sulay González de Castro y Otros; Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*controversia.” y “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

[...].».

Lo anterior nos lleva a concluir que la mencionada condena se debe imponer siempre y cuando se evidencie que existió por la parte vencida, temeridad, mala fe, o pruebas contundentes que muestren la causación de los gastos, factores que deben ser ponderados por el Juez quien decide si hay lugar a condenar en costas.

En el presente asunto, se observa que **no** existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

Así las cosas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se negarán las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, se dispondrá, por secretaría de la subsección, devolver a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, y archivar las diligencias.

Previo al archivo de las diligencias, dar cumplimiento a la Circular N° 2 de 12 de marzo de 2019, que ordena liquidar los gastos del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

#### **FALLA:**

**Primero. – Declarar** probada la excepción de *«inexistencia de la obligación»*, de conformidad a lo expuesto en esta providencia.

**Segundo. - Declarar** no probada la excepción de *«buena fe»*, conforme a lo señalado.

**Tercero. - Negar** las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Blanca Graciela Castellanos Fernández contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**Cuarto. -** Sin condena en costas, de acuerdo con la considerativa.

**Quinto. -** Por secretaría de la subsección, **devolver** a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

**Sexto.-** Ejecutoriada esta decisión **archivar** las diligencias, previas las anotaciones que fueren menester.

**Séptimo.-** Previó al archivo de las diligencias, **dar** cumplimiento a la Circular N° 2 de 12 de marzo de 2019 proferida por la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación, que ordena liquidar los gastos del proceso, remanentes y reportes de asignaciones varias.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.

  
Luis Gilberto Ortegón Ortegón  
Magistrado

  
José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado

  
Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333500820190013301  
Demandante : **María de los Ángeles Villamizar Guaqueta**  
Demandado : Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte de Bogotá –  
Orquesta Filarmónica de Bogotá  
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Tema : Insubsistencia  
Actuación : Recurso de apelación contra auto que rechazó la demanda por  
caducidad

### I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el apoderado de la parte demandante, contra el auto de 21 de junio de 2019 proferido por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Bogotá (folios 144 y 145), mediante el cual se rechazó la demanda de plano por haber operado el fenómeno de la caducidad.

### II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante auto de 21 de junio de 2019, el Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Bogotá rechazó la demanda de la referencia por haber operado el fenómeno de la caducidad, al considerar que la demanda se interpuso cuando ya habían transcurrido más de los 4 meses que la norma establece. Basó su decisión en que la demandante pretende la nulidad de la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, por el cual se le declaró insubsistente su nombramiento, pero que ésta, no tiene la connotación de prestación periódica por lo que se encuentra sometida al término de la presentación de la demanda, consagrado en el literal d del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Frente a la caducidad señaló que el término de la misma para el presente asunto empezó a correr a partir del día siguiente a la ejecución de la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, esto es, el día 10 de octubre de 2018 y vencía el 10 de febrero de 2019, sin embargo,

el término fue interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial el día 5 de febrero de 2019, faltándole 6 días para que se cumpliera el plazo de los 4 meses.

Afirmó que el acta de audiencia de conciliación prejudicial se suscribió el 14 de marzo de 2019, es decir contando los 6 días que le faltaban para cumplir los 4 meses, tenía hasta el 20 de marzo de 2019 para presentar la demanda, la cual fue radicada hasta el día 2 de abril de 2019, por lo tanto, se procedió a rechazar la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión emitida en el auto de fecha 21 de junio de 2019 dentro del proceso de la referencia, la apoderada del accionante interpuso recurso de apelación, por considerar que:

*«[...] existe una verdadera y contundente irregularidad de la notificación del acto administrativo que se demanda en nulidad y restablecimiento del derecho, porque no se le notificó ni se registró en dicho acto administrativo que [...] recursos procedían contra dicho acto administrativo, ni tampoco se le señaló ante qué autoridad podía interponer dichos recursos, tal y como lo señala el artículo 67 de la Codificación Procesal Administrativa y de lo Contencioso Administrativo. Razón por la cual está invalida la notificación personal del acto administrativo que se demanda en nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Como si lo anterior no fuera suficiente, dicho acto administrativo tiene recursos de reposición y en subsidio apelación, tal y como lo establecen los artículos 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Situación que es ratificada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.*

*Significa lo anterior, que la notificación que se hizo a la demandante, no se tiene por hecha, ni produce efectos legales, tal y como lo señala el artículo 72 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*Siendo ello así, el término de la caducidad de la presente acción, ni siquiera a empezado a correr, porque no se ha realizado en legal forma la notificación del acto administrativo que aquí se demanda en nulidad y restablecimiento del derecho, por mandato expreso de los artículos 67 y 72 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».*

### **IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

En atención a que el recurso fue interpuesto y sustentado dentro del término previsto para

el efecto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, se concedió en auto del 5 de julio de 2019 (f. 151), se resolverá así:

## V. CONSIDERACIONES

**Competencia.** Corresponde a la Sala, con fundamento en los artículos 153<sup>2</sup> y 243 (numeral 1°) de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup>, decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra el auto de 5 de julio de 2019, por medio del cual el Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Bogotá, rechazó de plano la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad.

**Problema jurídico.** Se contrae en determinar si en el *sub lite* le asiste razón a la *a quo*, al haber rechazado la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad, o si por el contrario se debe admitir la demanda presentada por la señora María de los Ángeles Villamizar Guaqueta.

**Tesis de la Sala.** - En el asunto sometido a estudio se confirmará el auto del 5 de julio de 2019 emitido por el Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad, comoquiera que se verificó el término de la caducidad compartiendo la decisión de la juez de primera instancia, de conformidad con las razones que se esbozarán en esta providencia.

**Marco normativo.** - Con relación a la solución del problema jurídico planteado en precedencia, la Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

**Caducidad del medio de control.** - Sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:  
1[...]

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso».

<sup>2</sup> Artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

<sup>3</sup> Artículo 243. «Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.

[...]

*«Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel».*

Por su parte, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala la oportunidad para presentar la demanda de la siguiente manera:

*«... la demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo cuando:*

*[...]*

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

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

*[...]*

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

*[...]*».

De la normativa en cita se puede concluir que para instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante debe cumplir, entre otros, el siguiente requisito: Presentar la demanda **dentro de los cuatro 4 meses siguientes a la expedición del acto**, contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009, la presentación de la solicitud de conciliación suspende el término de prescripción o caducidad hasta que se presente alguno de los siguientes eventos:

*«[...]*

*1. Se logre acuerdo conciliatorio.*

*2. Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001.*

*3. Se venza el término de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero».*

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que el término de caducidad se suspende con la presentación de la solicitud de conciliación, hasta que se expidan las constancias de celebración de la audiencia, en tanto el interesado al momento de hacer la solicitud de

conciliación lo debe hacer antes de que se configure el fenómeno de la caducidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, dentro de los 4 meses, por lo que se deja bajo su arbitrio y responsabilidad el manejo de los términos previamente establecidos por la Ley.

Por lo anterior, a manera de conclusión la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, y no lo hace, con el fin de no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. En este orden de ideas, la demanda prevista debe interponerse dentro del plazo indicado, so pena de incurrir en caducidad.

### **Caso concreto.**

La señora María de los Ángeles Villamizar Guaqueta, a través de apoderada, acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, notificada el 8 de octubre de 2018, proferida por la directora general de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante, en el cargo de técnico administrativo de dicha entidad.

Pues bien, de la revisión del expediente se observa que la señora María de los Ángeles Villamizar Guaqueta demandó la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, notificada el 8 de octubre de 2018, proferida por la directora general de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, así mismo, reposa el acta de audiencia de conciliación prejudicial que se suscribió el 14 de marzo de 2019 en la Procuraduría 135 Judicial II para Asuntos Administrativos.

Igualmente, consta que el juez de primera instancia en providencia del 21 de junio de 2019, determinó que existía caducidad del medio de control en atención a que la actora interpuso la demanda objeto de debate vencido el término de los 4 meses posteriores a la notificación del acto que ejecutó la sanción.

Frente a la decisión de rechazar la demanda por caducidad, la parte recurrente manifestó su inconformidad al considerar que el acto administrativo demandado, no puede ser rechazado

comoquiera que el mismo ni siquiera le ha comenzado a correr el término de caducidad, pues no se ha realizado en legal forma la notificación debido a que no se dio la oportunidad de presentar los recursos de reposición y en subsidio apelación conforme al artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

En consideración a todo lo expuesto, la Sala comparte la decisión adoptada por la *a quo*, ya que conforme al acervo probatorio examinado se tiene que la entidad demandada efectivamente le notificó a la señora María de los Ángeles Villamizar Guaqueta, la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, mediante el oficio 20182050003311 recibido de manera personal el día 10 de octubre de 2018 según obra a folio 129 del expediente, donde se le comunicó la declaratoria de insubsistencia en el cargo de técnico administrativo 367 grado 1 de dicha entidad, debido a que se hizo un nombramiento en periodo de prueba de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles de la convocatoria realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil quien tomó posesión del cargo el día 9 de octubre de 2018 .

En este orden de ideas, si bien es cierto en el contenido de la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018, no se dio la oportunidad de presentar recursos, se entiende que dicho acto administrativo quedó en firme conforme al artículo 87 de la Ley 1437 de 2011<sup>4</sup>, por lo que la persona que se considera afectada por el mismo, debió demandarlo directamente mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación, notificación y/o comunicación.

En consecuencia, se advierte que la forma en que la juez contabilizó el término de caducidad del presente medio de control fue la correcta, pues tenemos que i) la Resolución 348 del 26 de septiembre de 2018 fue notificada mediante el oficio 20182050003311 recibido de manera personal el día **10 de octubre de 2018**, por lo que tenía 4 meses para presentar la demanda, los cuales vencían el 10 de febrero de 2019; ii) la solicitud de conciliación se presentó el 5 de febrero de 2019 (fs. 130 y 131), es decir faltándole 6 días para que se cumpliera el plazo de los 4 meses; iii) la constancia de declaratoria fallida de la conciliación se expidió el día 14 de marzo de 2019, reanudando los términos para presentar la demanda hasta

---

<sup>4</sup> «ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo».

el día **20 de marzo de 2019**; y iv) la presente demanda fue interpuesta el **2 de abril de 2019**<sup>5</sup>; por tanto, para esta fecha ya se había configurado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón a la Juez de instancia al rechazar la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad, toda vez que del estudio del expediente se desprende que el medio de control instaurado por la actora se presentó de manera extemporánea, en consecuencia se confirmará el auto que rechazó la demanda.

Por lo expuesto, se

### RESUELVE:

**Primero.- Confirmar** el auto proferido el 21 de junio de 2019, por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante el cual rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortégón Ortégón  
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero  
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños  
Magistrado

fpc

<sup>5</sup> Como consta en acta individual de reparto que obra a folio 142.