

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-011-2017-00399-01
Demandante : **Oscar Luis Cortés Herrera**
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. 178 a 181) contra la sentencia del 8 de noviembre de 2018 proferida en audiencia inicial por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 175 a 177).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 33 a 42) El señor Oscar Luis Cortés Herrera, 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 de los Oficios (i) 0002987 del 1° de febrero de 2017 y (ii) 10727 del 6 de marzo de 2017, por medio de los cuales le fue negado el reajuste de la asignación de retiro en cuanto a la correcta liquidación de la prima de antigüedad, el reajuste del 20% de la asignación básica y el reajuste del porcentaje del subsidio familiar; y (iii) 30534 del 5 de junio de 2017, a través del cual se negó la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y el reajuste del subsidio familiar.

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 109 del 8 de enero de 2016, teniendo en cuenta (a) 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 (iv) 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 la Armada Nacional, ingresando como soldado regular el 30 de junio de 1995.

Al terminar su servicio militar obligatorio, fue aceptado como soldado voluntario desde el 7 de febrero de 1997.

Laboró para la Armada Nacional por más de veinte (20) años, retirándose el 9 de octubre de 2015, estando asignado al Personal Agregado a Comando Armada en el País con sede en Bogotá.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) mediante la Resolución 109 del 8 de enero de 2016 le reconoció una asignación de retiro.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- El actor citó como normas violadas por los actos demandados 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. 52 a 60) 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 9581 del 26 de marzo 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%, tal como lo dispone el Decreto 1162 de 2014, sin que se pueda contemplar la posibilidad de porcentajes diferentes a los estipulados.

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 Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 8 de noviembre de 2018 dictada en audiencia inicial (fs. 175 a 177) accedió a las pretensiones

de la demanda, en el sentido de ordenar reajustar a partir del 9 de enero de 2016 la asignación de retiro que le fue reconocida al actor, en cuanto al incremento del 20% del salario básico, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad y el porcentaje del subsidio familiar devengado en actividad, una vez se hubiese liquidado de manera correcta 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 demandada.- (fs. 178 a 181) Frente a la anterior decisión, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación el 23 de noviembre de 2018, en el que manifestó que la entidad ha estado liquidando la prima de antigüedad en debida forma, esto es, sacando el 70% de la asignación de retiro de lo que resulta de sumar el salario básico con el 38,5% de la prima antigüedad.

Sostuvo que como se observa en la resolución con la que se reconoce la asignación de retiro ha liquidado el subsidio familiar con el 30%, tal como lo dispone la normativa aplicable para el caso.

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.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandada fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto del 18 de febrero de 2019 (f. 187) y admitido por esta Corporación en auto del 19 de julio de 2019 (fs. 202); 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 2020 (f. 204), para que aquellas alegaran de conclusión y éste conceptuara. Oportunidad que fue aprovechada únicamente por la parte demandante.

Parte demandante (fs. 206 a 214) Insistió en los argumentos narrados en la demanda.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ 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 Oscar Luis Cortés Herrera en condición de infante de la marina profesional® 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) reajustar el porcentaje del subsidio familiar teniendo en cuenta el porcentaje reconocido en actividad; y iv) la duodécima parte de la prima de navidad.

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 el sentido de negar el reajuste del porcentaje del subsidio familiar, del 20% del sueldo básico en la asignación de retiro, y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del señor Oscar Luis Cortés Herrera, de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

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

¹ «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.²

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 soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y mediante la Ley 131 de

² Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

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 2000³, 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 régimen⁴.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁵ 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 2003⁶ se consagró

³ 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.

⁴ Parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

⁵ 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.

⁶ Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

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 13.2.1⁷, 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.

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

⁷ 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%).»

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 2004⁸, 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.

⁸ 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.

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 anterior⁹ 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 formula:

$$\text{«(Salario x 70\%) + (salario x 38.5\%) = Asignación de Retiro»}$$

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 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»*.

⁹ 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.

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 1982¹⁰, 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 antigüedad¹¹, 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

¹⁰ «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

¹¹ «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».

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 2004¹² 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 2014¹³, 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».*

¹² Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹³ Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.

Asimismo, se expidió el Decreto 1162 de 2014¹⁴, 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,*

- *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 2009¹⁴², y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁴³».*

¹⁴ 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.

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 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.

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 20 de enero de 2017 por la apoderada del señor Cortés Herrera 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 (fs. 2 a 6).

b) Oficio 2017-2987 del 1º de febrero 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. 7 y 8).

c) Recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra del oficio antes mencionado (fs. 9 a 12).

d) Oficio 2017-10727 del 6 de marzo de 2017, a través de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) resolvió de manera negativa el anterior requerimiento (fs. 17 y 17vto).

e) Derecho de petición presentado el 25 de mayo de 2017 por la apoderada del señor Cortés Herrera ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se reajustara su asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad y la doceava parte de la prima de navidad (fs. 9 a 12).

f) Oficio 2017-30534 del 5 de junio 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. 13 y 14).

g) Resolución 109 del 8 de enero de 2016, 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 Oscar Luis Cortés Herrera, 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. 19 y 20).

h) Hoja de servicios 4-15619548 del 14 de diciembre de 2015, en la que se constata que el 9 de octubre de 2015 el actor se retiró del servicio por tener derecho a la pensión. Asimismo, se observa que el subsidio familiar le fue reconocido el 16 de octubre de 2003 (fs. 21 y 21 vto, 62 y 62vto).

i) 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. 22).

j) Resolución 9581 del 26 de marzo 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 infante de marina profesional® Cortés Herrera Oscar Luis (fs. 120 a 121vto).

k) Expediente administrativo correspondiente al señor Oscar Luis Cortés Herrera (fs. 61 a 122).

Caso concreto.- El señor Oscar Luis Cortés Herrera 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 en lo que concierne al reajuste del 20% del sueldo básico, la prima de antigüedad, el porcentaje del subsidio familiar y el 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 9 de enero de 2016.

En este sentido, se encuentra que el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada consistió en discutir lo referente i) al reajuste de la asignación de retiro con el incremento del 20% del sueldo básico; ii) a 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, iii) a la reliquidación de la asignación de retiro con el 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad y iv) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

De las pruebas enunciadas se colige que el señor Oscar Luis Cortés Herrera estuvo vinculado a la Armada Nacional como infante voluntario desde el 7 de febrero de 1997, posteriormente fue incorporado en condición de infante de marina profesional desde el 14 de agosto de 2003, y se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 109 de enero 8 de 2016, 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 Infante de Marina Profesional (RA) de la Armada OSCAR LUIS CORTES HERRERA** [...] con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 09 de enero de 2016, 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 [...] y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° 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 infante voluntario 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%), 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 o 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 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 9581 del 26 de marzo 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.

Por otra parte, en relación con la **prima de antigüedad**, está claro que la asignación de retiro para los soldados o infantes de marina 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 o infantes 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 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», tal como lo manifestó el *a quo*.

En cuanto al **subsidio familiar**, se observa que el demandante a diciembre de 2015 percibía dicho factor (f. 21) 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 infante voluntario que se encontraba incorporado al 31 de diciembre de 2000 y luego se le vinculó como infante de marina profesional, causó su derecho a la asignación de retiro «a partir del 09 de enero de 2016» 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.

Por lo anterior, en lo que concierne a este punto no se comparte la decisión del juez de primera instancia.

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 infante de marina 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.

Igualmente, 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 9 de enero de 2016, formuló su reclamación el 20 de enero de 2017 (fs. 2 a 6) y la demanda fue presentada el 8 de noviembre de 2017 (f. 44). En consecuencia, la entidad deberá reliquidar la prestación con efectos fiscales a partir del 9 de enero de 2016.

Por consiguiente, se **modificará** la sentencia proferida en audiencia inicial el ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Once (11) 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.

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 ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) proferida en audiencia inicial por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dentro

del proceso instaurado por el señor Oscar Luis Cortés Herrera 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 de los actos administrativos contenidos en los Oficios **Nos. i) 0002987 del 1° de febrero de 2017, ii) 10727 del 6 de marzo de 2017 y iii) 30534 del 5 de junio de 2017**, proferidos 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 infante de marina profesional® Oscar Luis Cortés Herrera, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 15.619.548, a partir del 9 de enero de 2016, 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 Ortégón Ortégón
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

PN



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-030-2018-00225-01
Demandante : **Lucila Triviño de Gutiérrez**
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reliquidación de pensión (factores)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 120 a 122) contra la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 111 a 112A).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 52 a 60). La señora Lucila Triviño de Gutiérrez, 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) SUB 235832 del 24 de octubre de 2017, que reliquidó la pensión de la demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y ii) DIR 21929 del 30 de noviembre de 2017, que resolvió un recurso de apelación en contra de la resolución anterior, confirmándola 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 de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por ser beneficiaria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) indexar o actualizar los valores hasta la fecha de reconocimiento; iii) ordenar el pago de todas las mesadas causadas desde el 19 de julio de 2014 y hasta que se produzca el pago, teniendo en

cuenta el IPC así como los reajustes anuales; iv) pagar los intereses de mora que se generen de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; y v) cancelar las costas procesales.

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

A través de la Resolución 7964 de 2004, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de jubilación a partir del 30 de abril de 2002, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, y el IBL fue calculado de acuerdo al contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Laboró al servicio del Estado por más de 20 años, como empleada pública en el INCORA desde el 12 de junio de 1978, hasta el 30 de abril de 2002.

El 19 de julio de 2007, radicó ante Colpensiones solicitud de reliquidación de su pensión, con el fin de que se liquidara con todos los factores devengados en el último año de servicios de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Como respuesta de la petición anterior, Colpensiones expidió la Resolución SUB 235832 del 24 de octubre de 2017, con la que reliquidó su pensión, pero sin la inclusión de lo devengado en el último año, decisión contra la cual presentó recurso de apelación.

El anterior recurso fue resuelto por Colpensiones mediante la Resolución DIR 21929 del 30 de noviembre de 2017, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución apelada.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- La accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 29 y 53 de la Constitución Política; 3 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; y 36 de la Ley 100 de 1993.

Citó y transcribió el contenido de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, para indicar que se debe liquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Manifestó que no se puede argumentar que el Consejo de Estado no tenga una postura clara sobre el tema, puesto que el Consejo de Estado reiteró su postura unificada en aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, lo cual ampara la posibilidad de acudir al IBL del régimen anterior.

Contestación de la demanda.- (fs. 87 a 1104) 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, y teniendo en cuenta el régimen de transición.

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 Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada en audiencia inicial el 11 de abril de 2019 (fs. 111 a 112A), negó las pretensiones de la demanda, indicando que la actual postura acogida por el Consejo de Estado consiste en que el IBL no forma parte del régimen de transición, por lo que la pensión que aquí se estudia se liquida conforme a lo cotizado y no a lo devengado.

Adicionalmente, manifestó que si uno toma los factores enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y en el Decreto 1158 de 1994, se encontrará que en el presente ninguno de los casos es posible cotizar sobre factores que se están suplicando se incorporaran, es decir, en dicha normativa no aparece ninguno de los factores salariales que aquí se solicitan.

Concluyó, que no es posible reliquidar la pensión de la demandante cuando ese despacho sigue la pauta jurisprudencial que indica que dentro del régimen de transición no hace parte el IBL.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante.- (fs. 120 a 122) El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en audiencia inicial celebrada el 11 de abril de 2019, en el cual argumentó que las pretensiones de la demanda resultan viables y justas, toda vez que existe un precedente jurisprudencial del año 2010 en el cual se aplica el principio de favorabilidad.

Igualmente, citó sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, para decir que en dicha sentencia se define la no viabilidad del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para aquellos pensionados que son beneficiarios del régimen de transición y calcular el

IBL de la mesada pensional a partir del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, con la suma de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, aplicando una tasa del 75%.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 4 de junio de 2019 (f. 124) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 19 de septiembre de 2019 (f. 129), 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. 135), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por ambas partes y por el Ministerio Público.

Parte demandante.- (fs. 138 y 139) Reiteró lo dispuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación.

Parte demandada.- (fs. 140 a 153) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda.

Ministerio Público.- (fs. 154 a 170). La Procuradora 55 Judicial II Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó, que la discusión se centra en que la accionante pretende que se liquide su pensión con los parámetros de la Ley 33 de 1985, esto es, tomando como base de liquidación el salario promedio devengado durante el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales devengados, con una tasa de reemplazo del 75%.

Afirmó que es cierto que la señora Lucila Triviño tiene los requisitos para ser beneficiaria de la Ley 33 de 1985, esto es con la aplicación de requisitos de edad, tiempos de servicio y monto de la liquidación que dicha norma contempla, sin embargo como el IBL se rige por lo dispuesto en 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 liquidación realizada por la entidad demandada mantuvo el monto que más le beneficiaba, esto es, con base en la Ley 33 de 1985, con la cual se aplicó una tasa de reemplazo del 75%.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ 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 Lucila Triviño de Gutiérrez le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de Colpensiones la reliquidación de su pensión de jubilación, por no haberse tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme al régimen ordinario previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio de favorabilidad.

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 no es posible incluir en la liquidación pensional de la demandante todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, comoquiera que el régimen de transición no incluyó el IBL.

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

¹ «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 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 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 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 2001².

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015³, 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 2016⁴, SU-210 de 4 de abril de 2017⁵, SU-395 de 22 de junio de 2017⁶ y **SU-023 del 5 de abril de 2018⁷**, 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.

² Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

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

a) Resolución 7964 de 2004, mediante la cual el ISS, hoy Colpensiones, reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 741.462 m/cte (fs. 3 a 5).

b) Derecho de petición radicado 2017_7511666 del 19 de julio de 2017, con el cual la accionante a través de apoderado, solicitó a la entidad demandada 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. 6 a 12).

c) Certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el que se observa que la demandante laboró para dicho ente desde el 12 de junio de 1978 al 30 de abril de 2002, teniendo como empleador al INCORA (fs. 14 y 15).

d) Certificado de los factores salariales devengados por la accionante durante todo el tiempo que laboró para el INCORA (fs. 16 a 23).

e) Resolución SUB 235832 del 24 de octubre de 2017, a través de la cual Colpensiones, resolvió una petición de reliquidación pensional, decidiendo reliquidar la pensión de la demandante de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, pero sin incluir en dicha transición el IBL (fs. 24 a 36).

f) Recurso de apelación en contra de la Resolución SUB 235832 del 24 de octubre de 2017,

presentado por el apoderado de la actora ante Colpensiones el 16 de noviembre de 2017 (fs. 37 a 40).

g) Resolución DIR 21929 del 30 de noviembre de 2017 con la que Colpensiones, resolvió el recurso de apelación antes mencionado, confirmando la Resolución SUB 235832 del 24 de octubre de 2017 en todas y cada una de sus partes (fs. 41 a 50).

h) Cédula de ciudadanía de la señora Lucila Triviño de Gutiérrez en la que se observa que nació el 16 de abril de 1937 (f. 51).

i) Expediente administrativo en magnético (f. 104A).

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 de las Resoluciones i) SUB 235832 del 24 de octubre de 2017, que reajustó la pensión de la demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y ii) DIR 21929 del 30 de noviembre de 2017, que resolvió un recurso de apelación, confirmando la anterior Resolución SUB 235832 del 24 de octubre de 2017.

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 jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición y se proceda otorgándole la pensión en la forma determinada en la Ley 33 de 1985, esto es, con el equivalente del 75% del promedio, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

El 11 de abril de 2019 el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda, al colegir que de acuerdo con la interpretación efectuada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con el IBL, a la demandante no le asistía el derecho a que su pensión fuera reliquidada con la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

Así las cosas, la parte accionante en sede de impugnación reiteró lo dispuesto en el escrito

de demanda, en el sentido de manifestar que se están vulnerando sus derechos al no aplicar el principio de inescindibilidad, toda vez que siendo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le es aplicable el contenido de la Ley 33 de 1985, liquidándola con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Ahora, del análisis probatorio que se efectuó se desprende que la entidad accionada reconoció a favor del demandante una pensión de jubilación de acuerdo a lo contemplado en la Ley 33 de 1985, con aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidación que se efectuó conforme a lo devengados en los últimos 10 años de servicios, atendiendo los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En este sentido, la Sala aclara que el tema objeto de discusión se centra en que la entidad accionada si bien aplicó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, situación respecto a lo que no existe reparo, lo cierto es que al liquidar la pensión no incluyó todos los factores devengados por el demandante durante el último año de servicio.

Así, lo primero que se precisa es que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le da derecho a la demandante de que su pensión de jubilación sea reconocida y liquidada de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 33 de 1985, pero únicamente en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión.

Por lo tanto, se concluye que no le asiste razón a la demandante al pretender la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los salarios percibidos en el último año de servicio, en aplicación de la Ley 33 de 1985, por cuanto el IBL deberá ser calculado conforme lo indican los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, de conformidad a lo ordenado por el H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, el reconocimiento pensional se efectuó conforme a las normas que regulan la materia y de acuerdo a la interpretación dada por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018 y la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la cual es acatada por esta Sala de decisión.

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 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.

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 de 11 de abril de 2019, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Lucila Triviño de Gutiérrez contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), conforme a lo manifestado en las consideraciones de la sentencia.

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 Ortega
Magistrado

José Rodrigo Romero Romero
Magistrado

Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

PN



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-015-2018-00318-01
Demandante : **Blanca Cecilia Vargas Carrillo**
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reliquidación de pensión (factores)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 131 a 134) contra la sentencia de 29 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 121 a 125 vto).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 2 a 24). La señora Blanca Cecilia Vargas Carrillo, 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 la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016, que reliquidó la pensión de la demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) reliquidar su pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, 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; ii) dar aplicación al contenido del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y vi) cancelar las costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos.- La demandante relató como soporte del presente medio de

control lo siguiente:

Nació el 15 de junio de 1953, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

El 30 de septiembre de 2008, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, al considerar que reunía los requisitos para dicho reconocimiento.

A través de Resolución 055235 del 24 de noviembre de 2008, el ISS, hoy Colpensiones, reconoció la pensión de jubilación a la demandante de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, dejando su pago en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio.

Mediante Resolución 011472 del 26 de marzo de 2009, luego de haberse acreditado el retiro definitivo del servicio, el ISS, hoy Colpensiones ordenó la inclusión en nómina de la pensión de la accionante, a partir del 31 de diciembre de 2008.

Presentó derecho de petición el 14 de diciembre de 2016, a fin de que se reajustara su pensión. Petición que fue resuelta por medio de la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016, admitiendo el reajuste solicitado a partir del 14 de diciembre de 2013.

El 24 de enero de 2017, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016.

Los recursos de reposición y apelación fueron resueltos respectivamente por las Resoluciones GNR 44353 del 9 de febrero de 2017 y DIR 93 del 9 de marzo de 2017, a través de las cuales se confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- La accionante citó como disposiciones normativas vulneradas los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; y Ley 33 de 1985.

Indicó que el acto administrativo demandado vulnera el derecho adquirido de la demandante, en el sentido de indicar que no se le tuvo en cuenta al momento de liquidar la

pensión de la accionante, el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985, los cuales establecen que se deben liquidar las pensiones con el 75% del salario promedio del último año de servicio que devengó por todo concepto.

Aseguró que la Ley 33 de 1985 le resulta más beneficiosa al momento de liquidar su pensión, toda vez que la aplicación al régimen de transición es de carácter integral, esto es, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Contestación de la demanda.- (fs. 92 a 112) 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 100 de 1993 y 797 de 2003, y teniendo en cuenta el régimen de transición.

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 vigor 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 Quince (15) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada el 29 de mayo de 2019 (fs. 121 a 125 vto), negó las pretensiones de la demanda, indicando que si bien es cierto la accionante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y cumple con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, sus pretensiones se encaminaban al reconocimiento pensional con el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Afirmó que lo antes mencionado, no tiene asidero legal, comoquiera que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición no es otro que el estipulado en la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que en caso de ordenarse la aplicación de la Ley 33 de 1985, le sería desfavorable, toda vez que la Ley 33 de 1985 establece el 75% y el reconocido a la demandante es el 77.52% del promedio devengado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante.- (fs. 131 a 134) El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del 29 de mayo de 2019, en el cual argumentó que las pretensiones de la demanda resultan viables y justas, toda vez que existe un precedente jurisprudencial del año 2010 en el cual se aplica el principio de favorabilidad.

Igualmente, citó sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, para decir que en dicha sentencia se define la no viabilidad del artículo 1° de la Ley 33 de

1985, para aquellos pensionados que son beneficiarios del régimen de transición y calcular el IBL de la mesada pensional a partir del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, con la suma de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, aplicando una tasa del 75%.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 6 de agosto de 2019 (f. 136) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 19 de septiembre de 2019 (f. 141), 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. 144), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte demandada y por el Ministerio Público.

Parte demandada.- (fs. 146 a 153) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda.

Ministerio Público.- (fs. 154 a 171). La Procuradora 55 Judicial II Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, indicó que la discusión se centra en que la accionante pretende que se liquide su pensión con los parámetros de la Ley 33 de 1985, esto es, tomando como base de liquidación el salario promedio devengado durante el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales devengados, con una tasa de reemplazo del 75%.

Afirmó que es cierto que la señora Blanca Cecilia tiene los requisitos para ser beneficiaria de la Ley 33 de 1985, esto es con la aplicación de requisitos de edad, tiempos de servicio y monto de la liquidación que dicha norma contempla, sin embargo como el IBL se rige por lo dispuesto en 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 liquidación realizada por la entidad demandada, esto es, con base en la Ley 797 de 2003, con la cual se aplica una tasa de reemplazo del 77,53%, es más beneficiosa que si se le aplicara el contenido de la Ley 33 de 1985.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Cuestión previa.- Se pone de presente que, de acuerdo con las pretensiones de la demanda, el actor solicitó la nulidad de la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016, a través de la cual se ordenó la reliquidación de la pensión de la demandante. Igualmente, se observa que el anterior acto administrativo era susceptible de los recursos de reposición y de apelación, por lo que el apoderado interpuso dichos recursos, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones GNR 44353 del 9 de febrero de 2017 y DIR 93 del 9 de marzo de 2017, respectivamente, en los que se dispuso confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Así las cosas, comoquiera que el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, dispuso que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo que fue objeto de recursos, se entenderán demandados también los que resolvieron dichos recursos, así:

«[...]

ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.*

¹ «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».

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.».

Motivo por el cual, se entenderán demandados además de la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016, las Resoluciones GNR 44353 del 9 de febrero de 2017 y DIR 93 del 9 de marzo de 2017, que resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición y apelación.

Problema jurídico.- A la Sala corresponde determinar si a la señora Blanca Cecilia Vargas Carrillo le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de Colpensiones la reliquidación de su pensión de jubilación, por no haberse tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme al régimen ordinario previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio de favorabilidad.

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 normativa con la que le fue liquidada la pensión a la demandante le resulta más favorable que la que solicitó en la presente demanda, 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 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 (1° 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° 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 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.° 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 inexequible la expresión «*durante el último año y por todo concepto*», además reiteró la posición planteada en la sentencia T-030 de 2001².

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015³, 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 2016⁴, SU-210 de 4 de abril de 2017⁵, SU-395 de 22 de junio de 2017⁶ y **SU-023 del 5 de abril de 2018⁷**, 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

² Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

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 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.

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 Blanca Cecilia Vargas Carrillo en la que se observa que nació el 15 de junio de 1953 (f. 25).

b) Resolución 55235 del 24 de noviembre de 2008, mediante la cual el ISS, hoy Colpensiones, reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.065.860 m/cte., la cual quedó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio (fs. 26 a 28).

c) Resolución 11472 del 26 de marzo de 2009, a través de la cual el ISS, hoy Colpensiones, ingresó a nómina la pensión de jubilación por haberse acreditado el retiro definitivo del servicio (fs. 29 y 30).

d) Resolución 47112 del 7 de octubre de 2009, a través de la cual el ISS, hoy Colpensiones, resolvió una petición de reliquidación pensional, decidiendo confirmar la Resolución 11472 del 26 de marzo de 2009 (fs. 31 a 33).

e) Derecho de petición, radicado 2016_14453807 del 14 de diciembre de 2016, con el cual la accionante a través de apoderado, solicitó a la entidad demandada 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. 35 a 40).

f) Resolución GNR 383624 de 19 de diciembre de 2016, proferida por la gerente nacional de reconocimiento de la vicepresidencia de beneficios y prestaciones de Colpensiones, por medio de la cual se ajustó el valor de la pensión de jubilación de la actora, en el sentido de reajustar la mesada pensional de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 (fs. 41 a 48).

g) Recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución GNR 383624 de 19 de diciembre de 2016, presentado por el apoderado de la actora ante Colpensiones el 24 de enero de 2017 (fs. 49 a 53).

h) Resolución GNR 44353 del 9 de febrero de 2017, a través de la cual Colpensiones,

resolvió el recurso de reposición, confirmando lo dispuesto en la resolución recurrida (fs. 54 a 59 vto).

i) Resolución DIR 93 del 9 de marzo de 2017, con la que Colpensiones, resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 383624 de 19 de diciembre de 2016, confirmando en todas y cada una de sus partes (fs. 60 a 67).

j) Reporte de semanas cotizadas en pensiones durante el periodo de enero de 1967 a febrero de 2016, en el que se indica que tiene un total de 678,43 (fs. 68 a 71).

k) Expediente administrativo en magnético (f. 91).

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 la Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016, que reajustó la pensión de la demandante aplicando lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, y la **nulidad total** de las Resoluciones i) GNR 44353 del 9 de febrero de 2017, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición presentado en contra de la resolución antes mencionada; y ii) DIR 93 del 9 de marzo de 2017, que resolvió un recurso de apelación, confirmando la anterior Resolución GNR 383624 del 19 de diciembre de 2016.

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 jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición y se proceda otorgándole la pensión en la forma determinada en la Ley 33 de 1985, esto es, con el equivalente del 75% del promedio, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

El 29 de mayo de 2019 el Juzgado Quince (15) 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, puesto que la normativa aplicada por Colpensiones es más favorable.

Así las cosas, la parte accionante en sede de impugnación reiteró lo dispuesto en el escrito de demanda, en el sentido de manifestar que se están vulnerando sus derechos al no aplicar el principio de favorabilidad, toda vez que siendo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le es aplicable el contenido de la Ley 33 de 1985, liquidándola con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

De los actos administrativos que aquí se demandan, se observa que i) Colpensiones a través de la Resolución No. 55235 del 24 de noviembre de 2008, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor de la señora Blanca Cecilia Vargas Carrillo; ii) que la actora cotizó para pensión un total de 1601 semanas, las cuales se realizaron tanto en Colpensiones como en Foncep, de labores realizadas en el sector público y iii) que la señora Blanca Cecilia cumple con los requisitos establecidos en las Leyes 33 de 1985 y 797 de 2003, y en el Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de los cuales se infiere 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	Acepta
20 años de servicio y 55 años de edad (Transición frente a la ley 33)- Legal Decreto 2527 (Tr	15 de junio de 2008	14 de diciembre de 2013	1,739,027.00	1,075,652.00	1	75.00	1,471,542.00	NO
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003 - Legal	15 de junio de 2008	14 de diciembre de 2013	1,739,027.00	1,075,652.00	1	77.52	1,520,986.00	SI
PENSION DE VEJEZ – Decreto 758 de 1990 – REGIMEN DE TRANSICION – MUJER	15 de junio de 2008	14 de diciembre de 2013	1,739,027.00	1,632,078.00	1	54.00	1,059,511.00	NO

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 conforme a la Ley 797 de 2003, en cuantía equivalente al 77,52% del Ingreso Base de Liquidación según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, el reconocimiento pensional se efectuó conforme a las normas que regulan la materia y de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018 y la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la cual es acatada por esta Sala de decisión.

De lo anterior se evidencia que la demandante se acogió de manera voluntaria al régimen pensional establecido en la Ley 797 de 2003, por considerar que este le era más favorable, pues la mesada pensional liquidada con esta norma es superior a las demás.

Así, se tiene que si se liquidara la pensión conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo al cuadro antes relacionado, el monto de la pensión de la 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 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 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 la demandante.

En ese orden de ideas, el reconocimiento pensional se efectuó conforme a las normas que regulan la materia y de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018 y la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la cual es acatada por esta Sala de decisión.

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 súplicas de la demanda, 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:

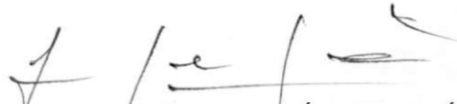
Primero: Confirmar la sentencia de 29 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Blanca Cecilia Vargas Carrillo contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), conforme a lo manifestado en las consideraciones de la sentencia.

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

PN



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-026-2015-00666-02
Demandante : **Rogelio Acosta Rubio**
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 pensión

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 160 a 165) contra la sentencia de 16 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 140 a 155).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 55 a 68). El señor Rogelio Acosta Rubio, 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) 57223 del 23 de octubre de 2006, por medio de la cual se ordenó y reconoció el pago de una pensión de jubilación al actor; (ii) PAP 018030 del 12 de octubre de 2010, por medio del cual se reliquido parcialmente la pensión de jubilación; (iii) RDP 009828 del 13 de marzo de 2015, mediante la cual le fue negada la reliquidación de su pensión; y (iv) RDP 020890 del 25 de mayo de 2015, a través de la cual se confirmó el anterior 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 de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, esto es, la asignación básica, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de

navidad, prima de riesgo y prima de vacaciones; (ii) pagar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; (iii) reajustar la pensión teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de la providencia; (iv) dar cumplimiento a la sentencia que se dicte en el presente asunto conforme a la Ley 1437 de 2011; y (v) condenar en costas y gastos del proceso.

Fundamentos Fácticos.- El demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios como conductor en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 28 de noviembre de 1985 hasta el 31 de julio de 2009, para un tiempo total de 23 años, 8 meses y 4 días.

Nació el 10 de enero de 1950 y para el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años, por lo que se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Cumplió su estatus de pensionado el 27 de noviembre de 2005, y fue pensionado por Cajanal EICE en liquidación mediante Resolución 57223 del 30 de octubre de 2006, en cuantía de \$725.594, efectiva a partir del 1º de junio de 2006, sin que se le reconocieran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

A través de la Resolución PAP 018030 del 12 de octubre de 2010, Cajanal EICE en liquidación, le reliquido la pensión de jubilación, en cuantía de \$853.514, efectiva a partir del 1º de agosto de 2009.

El día 24 de noviembre de 2014 se solicitó la reliquidación de la pensión ante la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), donde se solicitó el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicio.

Mediante la Resolución RDP 009828 del 13 de marzo de 2015, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), le negó la

reliquidación de la pensión, decisión que fue apelada el día 31 de marzo de 2015.

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), resolvió el recurso de apelación a través de la Resolución RDP 020890 del 25 de mayo de 2015, confirmando la Resolución No RDP 009828 del 13 de marzo de 2015.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- El actor dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 25, 53, 58 y 336 de la Constitución Política; de rango legal la Ley 4 de 1966; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1933 de 1989; Decreto 2646 de 1994 y la Ley 100 de 1993.

Señaló que la pensión de jubilación para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, fue consagrada en el artículo 1º del Decreto 1933 de 1989 y Decreto 2646 de 1994, normas que establecen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del personal que laboraba en dicha entidad.

Indicó que la norma general que regula la pensión de jubilación de los empleados del DAS, establece que el régimen aplicable será el previsto para los empleados de la administración pública nacional, establecido en el Decreto 1848 de 1969 en concordancia con el Decreto 1045 de 1978.

Manifestó que por ser un régimen especial de pensiones los funcionarios del DAS tendrán derecho a que se les mantengan las condiciones de favorabilidad previstas en la Ley 1933 de 1989, es decir, tendrá derecho a que se le reconozca la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2009.

Contestación de la demanda.- (fs. 86 a 91) La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que unos no le constan, y otros no son ciertos, explicó que la reliquidación cuyo pago se demanda está fundamentada en una normatividad que no estaba vigente en cuanto a lo referente al IBL

al momento en que se causó el derecho a la pensión del actor.

Afirmó que se actuó conforme a lo dispuesto en las Leyes 33 y 65 de 1985 y la Ley 100 de 1993, posición que obedece a lo ratificado por la misma Corte Constitucional, en pronunciamientos de constitucionalidad y sentencias de unificación en sede de revisión de tutela.

Expresó 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 los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el tema.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de agosto de 2018, negó las pretensiones de la demanda al indicar que en cuanto al régimen aplicable al reconocimiento de la pensión del demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era la Ley 33 de 1985, dado que cumplió el requisito de tiempo de servicios mediante una vinculación exclusiva con el sector público al servicio del extinto DAS desde el 28 de noviembre de 1985 hasta el 31 de julio de 2009, siendo su último cargo el de conductor, pero aclaró que no goza de ningún régimen especial, al no demostrarse haber ejercido cargo de dactiloscopista y detective.

Insistió que la normatividad aplicable al actor es la Ley 33 de 1985, pues los decretos citados por él, son aplicables a los funcionarios del extinto DAS que desempeñaron labores de alto riesgo como el caso de los detectives y dactiloscopistas, más no la labor desempeñada por él que fue la del cargo de conductor y por lo tanto, le es aplicable el régimen general de los empleados públicos.

Agregó que no hay lugar a accederse a las pretensiones de la demanda, esto es, reliquidar la pensión de jubilación del actor teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicios, comoquiera que la entidad empleó correctamente el régimen aplicable al actor el cual es el establecido en la Ley 33 de 1985 por transición, liquidando su pensión con base en el 75 % del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El actor a través de escrito de 23 de agosto de 2018, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 16 de agosto de 2018 (fs. 160 a 165), proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional C- 258 de 2013, dicha providencia fue explícita al señalar que la misma solo deberá ser aplicada a quienes se encuentran regulados por la Ley 4ª de 1992, pronunciamiento que fue reiterado en la sentencia del 25 de febrero de 2016 donde se dijo que los argumentos de la sentencia C 258 de 2013, giran en torno de un régimen de privilegio aplicable al reconocimiento pensional de los funcionarios del Estado, situación que no aplica para este caso.

Manifestó que en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja de Previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes, por lo que solicitó se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 12 de octubre de 2018 (fl. 167) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 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) 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 19 de julio de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad aprovechada por la parte demandada.

Parte demandante.- Reiteró lo expuesto en el recurso de apelación, donde señaló que la sentencia SU – 230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, no puede ser aplicada en el presente asunto, toda vez que la misma deberá ser aplicada a quienes se encuentran regulados en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto las liquidación de las pensiones amparadas por

el régimen de transición se deberá respetar el régimen anterior como en este caso la Ley 33 de 1985 y no la Ley 100 de 1993.

Parte demandada.- (fs. 147 a 156) Insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que la parte demandante no tiene derecho a que se reliquide la pensión de vejez reconocida teniendo en cuenta el 75 % de todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicio, puesto que el ingreso base de liquidación es un aspecto excluido del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón del precedente fijado por la Corte Constitucional.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Cuestión previa.- Se observa que el señor Rogelio Acosta Rubio, parte actora, apeló la decisión de primera instancia, únicamente en lo relacionado a la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, no presentando objeción alguna frente a la decisión de primera instancia en lo relativo a que el actor no goza del régimen especial que cobija a los miembros del DAS, comoquiera que el cargo que desempeñado fue el de conductor y este régimen solo es aplicable a los funcionarios que desempeñaron labores de alto riesgo como los detectives y dactiloscopistas, razón por la cual la Sala solo se ocupará de dicho aspecto en cuanto al régimen general de los empleados públicos como lo estudio la primera instancia en virtud del principio de congruencia.

Problema jurídico. A la Sala corresponde determinar si al señor Rogelio Acosta Rubio, 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.

¹ «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 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 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 2001².

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015³, 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 2016⁴,

² Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero

³ Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

SU-210 de 4 de abril de 2017⁵, SU-395 de 22 de junio de 2017⁶ y SU-023 del 5 de abril de 2018⁷, 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 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

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

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 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 57223 de 23 de octubre de 2006, proferida por el subgerente de prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al señor Rogelio Acosta Rubio, 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. 2 a 6).

b) Resolución PAP 018030 del 12 de octubre de 2010, proferida por el liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio del cual se reliquidó parcialmente la pensión de vejez del actor (fs. 7 a 10).

c) Resolución RDP 009828 del 13 de marzo de 2015, 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 el aquí demandante, indicando que no es 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. 11 a 13).

d) Resolución RDP 020890 del 25 de mayo de 2015 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 009828 del 13 de marzo de 2015, que negó la reliquidación pensional solicitada por el actor (fs. 14 a 16).

e) Derecho de petición radicado el 24 de noviembre de 2014 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 (fs. 17 a 21).

f) Recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la Resolución RDP 009828 de 13 de marzo de 2015, donde solicita se le reliquide la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fs. 23 a 25).

g) Certificación de información laboral proferida por la coordinadora de gestión humana del Archivo General de la Nación donde consta que el señor Rogelio Acosta Rubio laboró desde el 28 de noviembre de 1985 hasta el 31 de julio de 2009, en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, teniendo como cargo desempeñado el de conductor (fl. 26 y 27).

h) Certificación de salarios mes a mes, donde consta los salarios devengados desde 1985 hasta el 2009, donde se evidencia que devengó en el último año de servicio, los siguientes factores: asignación básica, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de riesgo y prima de vacaciones (fs. 27 a 52).

i) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Rogelio Acosta Rubio, en la que consta que nació el 10 de enero de 1950 (fl. 53).

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 57223 del 23 de octubre de 2006, PAP 018030 del 12 de octubre de 2010, RDP 009828 del 13 de marzo de 2015 y RDP 020890 del 25 de mayo de 2015, a través de las cuales la entidad accionada le negó la reliquidación de la pensión de vejez conforme a todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Como consecuencia de lo anterior, el señor Rogelio Acosta Rubio 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, en aplicación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El 16 de agosto de 2018 el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad demandada liquidó correctamente la pensión del 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 la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

La parte 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 Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), mediante los actos administrativos censurados negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Rogelio Acosta Rubio, la cual fue reconocida a partir del 1 de agosto de 2009, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio, 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 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.

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 del señor Rogelio Acosta Rubio 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 del señor Rogelio Acosta Rubio, 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 hiciere 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 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 2015⁸, 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 dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,

que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Rogelio Acosta Rubio 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 de 16 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor Rogelio Acosta Rubio contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp), de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta 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 Ortegon Ortegon
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

fpc



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25269333300120160009402
Demandante : **María Teresa Escobar de Castañeda**
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 pensión ordinaria

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 165 a 167) contra la sentencia de 27 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito de Facatativá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 155 a 163).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 26 a 35). La señora María Teresa Escobar de Castañeda, 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, para que se declare la nulidad de las Resoluciones (i) RDP 003310 del 28 de enero de 2015, mediante la cual se le reliquidó la pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales; y (ii) RDP 032154 del 6 de agosto de 2015, que resolvió un recurso de apelación confirmando el acto recurrido.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada (i) reliquidar su pensión de jubilación, con el 75% del promedio del sueldo devengado, donde se incluyan todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha del retiro, es decir entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2001; ii) pagar las diferencias causadas, que resulten entre el valor reconocido y el que le corresponde con esta reliquidación; iii) reconocer y pagar los ajustes por concepto de Ley 71 de 1988; iv) indexar

las sumas de dinero reconocidas desde la fecha en que se reconozcan hasta que se haga efectivo el pago; v) se reconozcan intereses corrientes y moratorios, en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.; y vi) se condene a costas y agencias en derecho.

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

Laboró de forma continua al servicio del departamento de Cundinamarca, desde el 19 de octubre de 1971 hasta el 30 de diciembre de 2001, fecha de su retiro, desempeñando el cargo de ecónoma del Colegio Departamental Nacionalizado Alonso de Olalla del municipio de Villeta.

Nació el 4 de octubre de 1938 y prestó más de 20 años de servicios, consolidando su estatus jurídico bajo el régimen de transición.

El 23 de octubre de 1995 solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada, el reconocimiento de su pensión, la cual fue concedida mediante la Resolución Nro. 005289 del 11 de abril de 1997, en cuantía de \$ 118.933,59, efectiva a partir del 30 de septiembre de 1995.

A través de la Resolución Nro. 002890 del 26 de diciembre de 2001, quedó retirada definitivamente del servicio, pero inconforme con la cuantía de su pensión solicitó la reliquidación de esta, petición que le fue resuelta de manera negativa en la Resolución Nro. 56501 del 27 de octubre de 2006.

La Secretaria de Educación de Cundinamarca reconoce y ordena pagar la nivelación salarial de homologación de cargos, reconociéndole a ella diferencias salariales desde 1998 hasta 2001.

El 24 de septiembre de 2014 solicitó la reliquidación de su pensión, la cual se efectuó en la Resolución Nro. 003310 del 28 de enero de 2015, la cual ordenó la reliquidación en cuantía de \$ 635.622,00, efectiva a partir del 1 de enero de 2002.

Como en la anterior liquidación no se incluyeron todos los factores salariales, interpuso recurso de apelación el 28 de mayo de 2015. En Resolución RDP 032154 del 6 de agosto de 2015, se confirmó el acto recurrido.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- La actora dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 2, 25, 53 y 58 de la Constitución Política, Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y Decreto 1045 de 1978.

Expuso que cuando entró en vigor la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años, situación que la deja incurso en la transición establecida en esa norma, y es por consiguiente, beneficiaria del régimen anterior es decir, la Ley 33 y 1985, que ordena liquidar las pensiones tomando como base el 75% del salario devengado en el último año de servicio, sin embargo la entidad demandada, aplico el ingreso base de cotización conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado, incurriendo en grave equivocación, pues no dieron total aplicación a la Ley 33 de 1985.

Aseveró que la norma precitada establece que el empleado oficial que hay servido veinte años y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Contestación de la demanda.- (fls. 72 a 84) La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, 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 *«integración del litis consorcio necesario y/o llamamiento en garantía – fundamentos del llamamiento en garantía»*, *«prescripción»*, *inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido»*, *«improcedencia de intereses moratorios o indexación»*, *«buena fe»* e *«improcedencia de imposición de costas procesales»*.

Aseveró que la postura de la Corte Constitucional ratifica la legalidad de los actos demandados con fundamento en una presunta vulneración de derechos para personas amparadas con el régimen de transición.

Solicitó que en caso de prosperar la condena de esta deberán excluirse los pagos no salariales y que por disposición expresa legal no son parte del IBC para pagos de aportes.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito de Facatativá, mediante sentencia de 27 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda al indicar que en el proceso quedo demostrado que a la señora María Teresa Escobar de Castañeda le fue reconocido su derecho pensional conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994, sin desconocer ninguno de los factores salariales sobre los cuales cotizó y en un promedio del 75% del IBL, fijado por lo devengado.

De otro lado, el juez de primera instancia en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1981 explicó que no es posible determinar las razones de hecho y de derecho que sustenten tal pretensión ya que únicamente se hace su enunciación en el acápite de las pretensiones, pero sin sustento alguno.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La actora a través de escrito de 15 de julio de 2019 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 27 de junio de 2019 (fs. 155 a 163), proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el despacho se equivocó al no liquidar la prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de retiro del servicio, en observancia a los principios de solidaridad y sostenibilidad del sistema pensional, conforme a lo preceptuado en la interpretación del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya que el artículo 334 de la C.P., dispone que *«bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva»*.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 18 de julio de 2019 (fl. 169) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 16 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) 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 enero de 2020, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad aprovechada por las partes.

Parte demandante.- (fls. 179 a 180) Explicó que su inconformidad radica en la cuantía pensional reconocida porque esta resulta inferior a la que legalmente le corresponde, pues no se incluyeron los factores salariales devengados en el último año de servicio, descritos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Manifestó que esos factores deben ser incluidos, adicionales a los que tuvo en cuenta la entidad demandada para establecer la cuantía pensional, dado que estuvo vinculada desde el 19 de octubre de 1971 hasta el 30 de diciembre de 2001, es decir, que se le debe aplicar la norma vigente a su vinculación.

Parte demandada.- (fls. 181 a 186) Aseveró que no procede el reconocimiento a la reliquidación pensional y tampoco el reconocimiento y pago de los reajustes anuales ordenados por la Ley 71 de 1988, por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, toda vez que la mesada nunca ha estado por debajo del salario mínimo, ni superó los toques establecidos en esa ley.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ del Código de Procedimiento

¹ «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 María Teresa Escobar de Castañeda, le asiste derecho o no para reclamar la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 y 62 de 1985, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

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, teniendo en cuenta solo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

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 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 2001².

² 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 2015³, 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 2016⁴, SU-210 de 4 de abril de 2017⁵, SU-395 de 22 de junio de 2017⁶ y SU-023 del 5 de abril de 2018⁷, 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 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

³ Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

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 005289 del 11 de abril de 1997, proferida por la subdirectora general de prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se reconoció una pensión jubilación a la señora María Teresa Escobar de Castañeda, de conformidad a lo establecido en la Leyes 33 y 62 de 1985, Decretos 1045 de 1978 y 01 de 1984 (fs. 2 a 4).

b) Resolución 002890 del 26 de diciembre de 2001 expedida por el Departamento de Cundinamarca, a través de la cual se aceptó a partir del 31 de diciembre de 2001 la renuncia presentada por María Teresa Escobar de Castañeda, del cargo de ecónoma código 5150 grado 05 del Colegio Departamental Nacionalizado Alonso de Olaya del municipio de Villeta (folio 5).

c) Derecho de petición presentado el 24 de septiembre de 2014 por la señora María Teresa Escobar de Castañeda ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en el que solicitó el reajuste del 10% de la pensión nacional por ser mayor de 60 años (folio 6).

d) Resolución RDP 003310 del 28 de enero de 2015 emitida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que reliquido la pensión de jubilación de la señora María Teresa Escobar de Castañeda en cuantía de \$ 635.622, efectiva a partir del 1 de enero de 2002, con efectos fiscales a partir del 24 de septiembre de 2011 por prescripción trienal (folios 7 y 8).

e) Recurso de apelación presentando el 28 de mayo de 2015 por la señora María Teresa Escobar de Castañeda ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en contra de la Resolución RDP 003310 del 28 de enero de 2015 (folios 10 a 12).

f) Resolución RDP 032154 del 6 de agosto de 2015 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que se confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución 3310 del 28 de enero de 2015 (folio 13 y 14).

g) Formato Nro. 1 certificado de información laboral del Departamento de Cundinamarca en el que consta que la señora María Teresa Escobar de Castañeda laboró para esa entidad desde el 19 de octubre de 1971 al 30 de diciembre de 2001 (folio 16).

h) Certificado de los factores salariales devengados por la señora María Teresa Escobar

de Castañeda, expedido por el Departamento de Cundinamarca, durante los años 1998, 1999, 2000 y 2001(folio 17).

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 de las de las Resoluciones (i) RDP 003310 del 28 de enero de 2015, mediante la cual se le reliquidó la pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales; y (ii) RDP 032154 del 6 de agosto de 2015, que resolvió un recurso de apelación confirmando el acto recurrido.

Como consecuencia de lo anterior, la señora María Teresa Escobar de Castañeda pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año, es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2001.

El 27 de junio de 2019 el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, 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. Además negó el reconocimiento de los reajustes contemplados en la Ley 71 de 1981.

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 Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Uggp, mediante los actos administrativos censurados negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora María Teresa Escobar de Castañeda, de acuerdo con el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Sobre este asunto se precisa que los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994 son: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y g) La bonificación por servicios prestados».

Ahora del acervo probatorio se tiene que la demandante devengó durante su último año de servicios, esto es, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2001: sueldo, prima técnica (factor no salarial), prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación (factor no salarial), prima de antigüedad e indemnización de vacaciones. Del acto de reconocimiento pensional y de reliquidación se desprende que los factores reconocidos por la entidad accionada fueron asignación básica, bonificación servicios prestados y prima de antigüedad.

En esos términos, la Sala colige que a la demandante no le asiste razón al pretender la reliquidación de su pensión, ya que la entidad demandada en este caso reconoció todos los factores devengados en el último año de servicios, conforme se avizora en el acervo probatorio que reposa en el plenario, al cual se hizo referencia.

Por lo anterior, la Sala considera que en el caso particular de la señora María Teresa Escobar de Castañeda no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida, puesto que en este caso particular la demandada incluyó todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio 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.

Aunado a ello se comparte la postura del juez de primera instancia en cuanto a negar la prima técnica, ya que conforme se evidencia en el mismo certificado obrante a folio 17 del plenario dicho factor no constituye salario.

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.

Finalmente, en cuanto al reajuste pensional de la Ley 71 de 1988, se aclara que aun cuando se comparte la tesis del a quo, en este caso no habrá un pronunciamiento de fondo ya que no se vislumbra que dicho aspecto haya sido planteado como razón de inconformidad en el recurso de apelación.

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 2015⁸, 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 de veintisiete (27) de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora María Teresa Escobar de Castañeda 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:

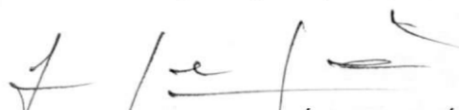
Primero.- Confirmar la sentencia de 27 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito de Facatativá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora María Teresa Escobar de Castañeda contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta 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 Ortegón Ortegón
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

LC



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334204920160072801
Demandante : **Luisa Delia Hernández Beltrán**
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones
Medio de control : **Ejecutivo laboral**
Tema : Diferencias de mesadas adeudadas y pago de intereses moratorios derivados del incumplimiento de sentencia judicial (reliquidación pensión ordinaria)

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte ejecutante y la apoderada de la entidad ejecutada contra la sentencia de 6 de febrero de 2019 proferida en audiencia por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual ordenó seguir adelante la ejecución.

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fls. 1 a 8) La señora Luisa Delia Hernández Beltrán, 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 Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con el fin de obtener el pago de las diferencias de mesadas adeudadas y los intereses moratorios derivados de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 19 de marzo de 2010 confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 30 de junio de 2011, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 14 de julio de 2011.

Fundamentos fácticos.- La parte ejecutante como soporte de la demanda ejecutiva, señaló los siguientes hechos:

Mediante sentencia judicial proferida el 19 de marzo de 2010, por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, condenó al Instituto del Seguro

Social a reliquidar en forma definitiva, la mesada pensional de jubilación incluyéndole la doceava parte de la bonificación por servicios, decisión que fue modificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 30 de junio de 2011, en el sentido de incluir en la reliquidación pensional de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán todos los factores salariales devengados durante el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2000 y el 15 de noviembre de 2001, esto es la asignación básica, los subsidios de transporte y de almuerzo, el quinquenio, las primas de navidad, semestral y de servicio.

Las sentencias judiciales le ordenaron al extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, dar cumplimiento a la misma dentro de los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Mediante petición de 25 de enero de 2012 se solicitó al extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, el cumplimiento de los fallos judiciales.

El extinto Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, mediante las Resoluciones 16756 del 10 de mayo de 2012 y 22069 del 15 de junio de 2012, pretendió dar cumplimiento a los fallos judiciales, elevándole la pensión a la suma de \$1.401.506, efectiva a partir del 3 de marzo de 2003.

En el mes de junio de 2012, se reportó la novedad de inclusión en nómina de la anterior resolución, cancelando parcialmente por concepto de pago de diferencias de mesadas menos descuentos de salud la suma de \$119.213.640.

Señaló que de conformidad con las sentencias judiciales proferidas y teniendo en cuenta los factores salariales devengados y certificados durante el último año de servicio, esto es, del 16 de noviembre de 2000 al 15 de noviembre de 2001, la entidad demandada al momento de dar cumplimiento a las sentencias reliquidó la pensión elevándola a la suma de \$1.401.506, efectiva a partir del 3 de marzo de 2003, siendo lo correcto la suma de \$1.853.539,94.

Mediante petición de 21 de septiembre de 2012, se solicitó al extinto Instituto de los Seguros Sociales – ISS hoy Colpensiones el correcto cumplimiento de las sentencias

judiciales.

A través de la Resolución GNR 318553 de 12 de septiembre de 2014, proferida por Colpensiones, resolvió la petición anterior negando la corrección remitiendo a lo resuelto en la Resolución 220069 del 16 de junio de 2012.

Manifestó que las sentencias judiciales quedaron debidamente ejecutoriadas con fecha 15 de julio de 2011 y solo hasta el mes de julio de 2012, se incluyó en nómina el pago de la resolución que dio cumplimiento parcial a las sentencias, por lo tanto, se causaron 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 dentro del periodo comprendido entre el 15 de julio de 2011 al 31 de julio de 2012, los cuales ascendieron a la suma de \$38.866.328.95.

Mandamiento de pago.- (folios 110 a 112). Mediante providencia de 30 de enero de 2018, el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, libró mandamiento de pago en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a favor de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán, por la suma de:

«[...] Librar mandamiento de pago contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a favor de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.553.610, por la suma de:

- Ciento Seis Millones Diez mil Doscientos Sesenta y Un pesos con Noventa y Tres Centavos, (\$106.010.261,91) por concepto de las diferencias de mesadas adeudadas, liquidadas desde 3 de marzo de 2003 hasta el 31 de agosto de 2016 (fecha de presentación de la demanda)*
- Once Millones Novecientos Treinta y Siete Mil Trescientos Cuarenta Pesos Con Noventa y Un Centavos (\$11.937.340,91), por concepto de indexación sobre las diferencias de mesadas adeudadas, liquidadas desde el 23 de marzo de 2003 al 14 de julio de 2011 (fecha de ejecutoria de la sentencia)*
- Treinta y Ocho Millones Ochocientos Sesenta y Seis Mil Trescientos Veintiocho Pesos Con Noventa y Cinco Centavos (\$38.866.328,93), por concepto de intereses moratorios de que trata el inciso 5° del artículo 177 del CCA, calculados sobre el pago parcial de la condena liquidados desde el 15 de julio de 2011 al 31 de julio de 2012» [Sic].*

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: «pago de la obligación», «caducidad», «buena fe», «compensación» y «genérica».

Argumentó que Colpensiones mediante resolución ordenó el pago de la reliquidación de la pensión de la demandante con el monto que le asiste en derecho con la inclusión de los factores salariales, por lo que ya cumplió con su obligación y no adeuda suma alguna la cual fue pagada oportunamente, así mismo, frente a los intereses moratorios derivados del no pago oportuno de las sentencias judiciales aportadas como título base de recaudo, se tiene que la entidad que fue condenada ya se encuentra liquidada, quien sería la responsable de la mencionada obligación y no Colpensiones, por lo que indica que al tratarse de pago de sumas que no tienen el carácter de ser netamente pensionales, las mismas deben ser asumidas directamente por la entidad que resulto condenada, quien fue la que no cumplió con el fallo a tiempo.

Señaló que actuó de buena fe y con pleno convencimiento de estar conforme a derecho, toda vez que reconoció y pago la pensión de la demandante, por lo que en todas sus actuaciones se sometió al imperio de la Constitución y la Ley.

Manifestó frente a la compensación que de ninguna manera implica aceptación o reconocimiento del objeto en controversia, por lo que se exceptiona la compensación de las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales o cualquier otro pago a partir del reconocimiento de pensión.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida en audiencia inicial del 6 de febrero de 2019 (fs. 156 a 162 vto), señaló frente a las excepciones de caducidad, buena fe y genérica, que las mismas son improcedentes 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 excepción de pago y compensación las cuales declaró no probadas y ordenó seguir adelante con la ejecución.

Precisó frente a la excepción de pago que después de revisar el material probatorio y de realizar una liquidación previa, se pudo establecer que Colpensiones efectuó un cumplimiento defectuoso de las sentencias, pues se tomó los factores certificados por el IDU, que figuran a folio 40 del cuaderno de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se observa que se observó una diferencia a favor de la demandante, comoquiera que la reliquidación pensional que se reconoció se debió hacer con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2000 y el 15 de noviembre de 2000¹, esto es, la asignación básica, los subsidios de transporte y de almuerzo, el quinquenio y las primas de navidad semestral y de servicios, por lo que existe un saldo a favor por concepto de capital, el cual debe indexar dichas sumas por lo que se genera un saldo a favor de la parte ejecutante.

Señaló frente al argumento que los intereses moratorios deben ser reconocidos y pagados por el ISS, por ser la entidad condenada, que no es cierto debido a que Colpensiones asumió no solo las funciones del extinto ISS, sino además los procesos judiciales y demás reclamaciones en trámite al cierre de la liquidación, por lo que los pronunciamientos judiciales en contra del Instituto del Seguro Social que se debían cumplir cuando ya se dio la extinción definitiva del mismo, pasaron a ser responsabilidad de Colpensiones, correspondiéndole también el pago de los intereses, pues estos son accesorios al pago del valor principal de la condena.

Argumentó frente a la excepción de compensación que para que opere es indispensable que exista una obligación recíproca entre las partes, situación que no se encuentra probada en este caso, toda vez que el litigio está enmarcado en la reclamación del pago del capital o diferencia de las mesadas pensionales y los intereses moratorios causados a favor de la parte actora con ocasión a lo dispuesto en la sentencia que funge como título ejecutivo dentro del proceso, frente a lo cual, la demandada no demostró que la actora sea recíprocamente deudora de alguna obligación a favor de Colpensiones por la cual la declaró no probada.

Por último, frente a la liquidación del crédito que se debe realizar por las partes, señaló que el monto por el cual se libró mandamiento ejecutivo no es necesariamente el valor a cancelar, toda vez que ello está sujeto a la liquidación del crédito, así como las revisiones

que oficiosamente haga el Despacho por lo que exhorta a las partes, a que la liquidación del crédito venga soportada para mayor celeridad en su aprobación.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante.- El apoderado de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán, interpuso recurso de apelación en la misma audiencia, pero sólo en lo referente a la liquidación del crédito previa realizada.

Parte demandada.- La apoderada de la entidad demandada, presentó recurso de apelación en la misma audiencia, argumentando que ya se dio cumplimiento integral a las sentencias mediante las Resoluciones 22069 del 15 de junio de 2012 y GNR 18553 del 12 de septiembre de 2014, las cuales están en el expediente y son el soporte para el cumplimiento de esta, así mismo, frente a los intereses moratorios señaló que los mismos no proceden, dado que no ha operado por parte de la entidad un retraso injustificado en el pago de las prestaciones económicas, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y como consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos en audiencia del 6 de febrero de 2019 (fl. 162) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 12 de abril de 2019 (f. 169), 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 (f. 172), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes.

Parte ejecutante.- (fl. 174). Alegó de conclusión indicando que la entidad demandada apeló la sentencia insistiendo que ésta dio cumplimiento integral a las sentencias, pero como quedo probado dentro del expediente la entidad a la fecha no ha dado cumplimiento integral

a las sentencias, pues no tuvo en cuenta en los actos administrativos de cumplimiento Resoluciones 16756 del 10 de mayo de 2012 y 22069 del 15 de junio de 2012, las proporciones correctas respecto de los rubros salariales ordenados, notándose una desmejora en el monto de la pensión, así mismo, como no se dio cumplimiento a las sentencias, se están generando unos intereses moratorios de conformidad con el artículo 177 el CCA.

Entidad ejecutada.- (fs. 151 a 154). Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación; y agregó que no existe obligación alguna, toda vez que mediante la Resolución No. 22069 del 15 de junio de 2012 el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, dio cabal cumplimiento a lo resuelto por las autoridades judiciales señaladas, reliquidando la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985; teniendo en cuenta para el cálculo de la liquidación el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2000 y el 15 de noviembre de 2001, por lo que tampoco serán procedentes los intereses moratorios, por no existir un retraso injustificado en el pago de la prestación económica.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 6 de febrero de 2019 (fs. 156 a 162), a través de la cual el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de pago y compensación y ordenó seguir adelante con la ejecución, dentro del proceso de la referencia.

Problema jurídico.- Se contrae a determinar si a la ejecutante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones el pago de la diferencia de la mesada pensional y 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 modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó seguir adelante con la ejecución del crédito,

comoquiera que frente a la pretensión de la diferencia de mesadas pensionales y su respectiva indexación se configuró la excepción de pago. Por otro lado, comoquiera que no se probó la cancelación de los intereses moratorios, se ordenará seguir adelante la ejecución pero solo por dicho concepto 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.

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 periodo 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) Constancia expedida por la subdirectora técnica de recursos humanos del Instituto de Desarrollo Urbano, donde se indica que la señora Luisa Delia Hernández Beltrán, estuvo vinculada en dicha institución desde el 12 de mayo de 1976 hasta el 15 de noviembre de 2001 y en el último año de servicios devengó como factores salariales el sueldo, subsidios de transporte y de almuerzo, primas de navidad, semestral, servicios, vacaciones y quinquenio.

b) Sentencia de 19 de marzo de 2010, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se le reconoció a la actora una pensión de jubilación y como consecuencia ordenó la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de la bonificación de servicio (folios 11 a 25).

c) Sentencia del 30 de junio de 2011, emitida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, en la cual se modificó el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia del 19 de marzo de 2010, en lo referente a ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2000 al 15 de noviembre de 2001, incluyendo la asignación básica, los subsidios de transporte y almuerzo, el quinquenio, y las primas de navidad, semestral y de servicios, confirmando la sentencia de primera instancia en lo demás (folios 26 a 36).

d) Derecho de petición presentado por el apoderado de la señora Luisa Delia Hernández el 25 de enero de 2012, ante el Instituto de Seguros Sociales – ISS, en la que solicitó el cumplimiento de las sentencias proferidas por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, modificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 37 y 38).

e) Resolución 16756 del 10 de mayo de 2012, proferida por el Instituto de Seguro Social - ISS, a través de la cual en cumplimiento del fallo emitido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se reliquido la pensión de jubilación de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán (folios 39 a 42).

f) Resolución 22069 del 15 de junio de 2012, proferida por el Instituto de Seguro Social - ISS, a través de la cual se modificó la Resolución 16756 del 10 de mayo de 2012, que dio cumplimiento del fallo emitido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, elevando la cuantía de la pensión de la señora Luisa Delia Hernández Beltrán a \$ 1.401.506, con efectos fiscales a partir del 3 de marzo de 2003 (folios 10 y 11).

g) Derecho de petición presentado por el apoderado de la señora Luisa Delia Hernández el 25 de enero de 2012, ante el Instituto de Seguros Sociales – ISS, en el que se solicitó la corrección de la Resolución 22069 del 15 de junio de 2012, con el fin de que se actualizara la mesada pensional al considerar que se evidencia una diferencia con la ya reconocida (folios 43 y 45).

h) Resolución GNR 318553 del 12 de septiembre de 2014, emitida por la Administradora

Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en la que se negó la solicitud de corrección (folios 46 a 48).

i) Liquidación realizada por la parte demandante, en la que se discrimina el valor de la diferencia de las mesadas, su indexación y la liquidación de los intereses moratorios (folios 49 a 51).

j) Resolución GNR 105298 de 14 de abril de 2016, expedida por el gerente nacional de reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por medio de la cual se estudio el expediente pensional en cumplimiento a un fallo judicial, donde se realizó la liquidación frente a la mesada pensional reconocida, dando como resultado que la liquidación frente a la diferencia alegada por la parte demandante, se encuentra totalmente cumplida conforme al fallo judicial proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, el cual fue modificado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 72 a 78).

k) Certificación de los factores salariales devengados mes a mes y el valor de los mismos pagado para cada año y por cada concepto desde los años 1989 al 2001, donde además se certifica que los factores salariales devengados en el último año de servicio por la demandante son el sueldo, subsidios de transporte y alimentación, prima de navidad, prima semestral y de servicio (fs 10 a 14 del C2).

Caso concreto.- En orden a resolver sobre la impugnación planteada es importante en primera oportunidad, destacar que lo perseguido por el ejecutante es el pago por concepto de la diferencia de las mesadas adeudadas con su respectiva indexación y el reconocimiento de los intereses moratorios como consecuencia de la demora en el cumplimiento de la obligación objeto de esta demanda.

Ahora bien, el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en el recurso de apelación que nos atañe expuso como argumento de la impugnación, las excepciones de pago y compensación, por lo que se pasara a estudiar lo referente por parte de la Sala.

Frente a la excepción de pago, la entidad demandada manifestó que con la expedición de las Resoluciones 16756 del 10 de mayo de 2012 y 22069 del 15 de junio de 2012, se dio cumplimiento a lo ordenado en las sentencias de primera y segunda instancia, así mismo frente a los intereses moratorios señaló que como se dio cumplimiento a tiempo no se generaron los mismos y que de existir alguna obligación, esta se debe endilgar al Instituto de Seguros Sociales que fue la entidad que lo condenó.

La Sala procedió a revisar el material probatorio aportado al expediente donde reposan entre otros documentos la sentencia del Juzgado Quinto (5º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá de 19 de marzo de 2010, donde se condenó a la entidad demandada ordenando la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de la doceava parte de la bonificación por servicios, decisión que fue modificada por esta Sala mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2011, en lo referente a ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2000 al 15 de noviembre de 2001, incluyendo la asignación básica, los subsidios de transporte y almuerzo, el quinquenio, y las primas de navidad, semestral y de servicios.

Ahora bien, revisado el expediente administrativo, la parte ejecutante allega a folio 10, una constancia donde se relacionan los factores salariales devengados por la señora Luisa Delia, durante el último año de servicio, constancia que presenta inconsistencias debido a que se certifica factores que no fueron devengados y que no fueron ordenados en los fallos judiciales mencionados anteriormente como lo es la prima de vacaciones, vacaciones en tiempo y en dinero, igualmente frente a la prima de navidad se arroja como valor total de lo cancelado en el último año, pero no se tuvo en cuenta que se debía liquidar mes a mes, por lo que le arroja un valor superior.

Asimismo, en el cuaderno administrativo se aportaron los factores que si se devengaron y el valor de su concepto mes a mes, de los cuales se deduce que en el último año de servicio la demandante devengó sueldo, subsidios de transporte y alimentación, prima de navidad, prima semestral y de servicio y se dio los valores mes a mes de lo que se percibió, por lo anterior, la Sala procede a realizar la respectiva liquidación a efectos de verificar si existe diferencia en la mesada pensional con su respectiva indexación:

STATUS		16/11/2001	
		Desde	Hasta
PERIODO DE LIQUIDACION		16/11/2000	15/11/2001

Fecha inicial	Fecha final	Factores	Difer. Mesadas	días	Dif mesadas	
16/11/2000	30/12/2000	Asignación Básica	\$ 745.200,00	1,5	\$ 1.117.800,00	
1/01/2001	15/11/2001		\$ 810.405,00	10,5	\$ 8.509.252,50	
				12,0		\$ 9.627.052,50
16/11/2000	30/12/2000	Prima de Antigüedad	\$ 0,00	1,5	\$ 0,00	
1/01/2001	15/11/2001		\$ 0,00	10,5	\$ 0,00	
						\$ 0,00
16/11/2000	30/12/2000	Subsidio de Transporte	\$ 24.065,00	1,5	\$ 36.097,50	
1/01/2001	15/11/2001		\$ 22.500,00	10,5	\$ 236.250,00	
						\$ 272.347,50
16/11/2000	30/12/2000	Auxilio de Alimentación	\$ 7.433,00	1,5	\$ 11.149,50	
1/01/2001	15/11/2001		\$ 6.300,00	10,5	\$ 66.150,00	
						\$ 77.299,50
		Prima de Vacaciones	\$ 0,00			\$ 0,00
		Prima de Navidad	\$ 3.095.206,00			\$ 3.095.206,00
		Prima de Servicios	\$ 3.774.473,00			\$ 3.774.473,00
		Bonificación x servicios	\$ 0,00			\$ 0,00
		Prima de Servicios	\$ 0,00			\$ 0,00
		Horas Extras	\$ 0,00			\$ 0,00
		Prima semestral	\$ 1.520.263,75			\$ 1.520.263,75
		quinquenio	\$ 599.574,95			\$ 599.574,95
		Otros	\$ 0,00			\$ 0,00
		TOTAL				\$ 18.966.217,20
		Promedio Mensual				\$ 1.580.518,10
		Valor pensión	\$ 1.580.518,10	x 75 %		\$ 1.185.388,58

De lo anterior, se tiene que conforme a la liquidación realiza por la Sala, la misma concuerda con la liquidación efectuada por Colpensiones, mediante la Resolución GNR 105298 de 14 de abril de 2016, expedida por el gerente nacional de reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) vista a folio 72 a 78.

Por lo tanto, se tiene que la pretensión de las diferencias en las mesadas pensionales, que alega la parte ejecutante, no resulta procedente, dado que las Resoluciones 16756 del 10 de mayo de 2012 y 22069 del 15 de junio de 2012, efectuaron en debida forma el pago de la mesada pensional.

Ahora bien, frente al reconocimiento y desembolso de lo adeudado por concepto de intereses moratorios, no existe prueba que se haya cancelado el mismo. En cuanto a lo alegado por el apoderado de Colpensiones, referente a que no le asiste obligación de pagar los intereses moratorios, toda vez que las resoluciones de cumplimiento de las reliquidaciones fueron proferidas por el extinto Instituto de Seguro Social, se tiene que, como

lo indicó el Decreto 2013 de 2012, Colpensiones asumió no solo las funciones del extinto ISS, sino además los procesos judiciales y demás reclamaciones en trámite al cierre de la liquidación, por lo que se entiende y es claro que los procesos y condenas que no alcanzó a pagar el Instituto de Seguro Social ISS, y las que estuvieren en trámite al cierre de la liquidación, estarían a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Así las cosas, no le asiste razón al apoderado de la entidad demandada al afirmar que la responsabilidad del pago de los intereses no le corresponde y que carecen de legitimación en el proceso.

Referente a la excepción de compensación se comparte la decisión de la primera instancia en cuanto a que no opera la misma, ya que debe existir una obligación recíproca entre las partes y de los documentos aportados en el expediente no existe prueba que la señora Luisa Delia Hernández sea deudora de alguna obligación a favor de Colpensiones para que proceda la compensación que se pretende, por lo anterior tampoco se encuentra probada esta excepción.

Con relación a la inconformidad que expone la parte demandante respecto al monto de la ejecución y su respectiva liquidación, está Sala indica que el valor se determinará en la etapa procesal correspondiente, es decir, en la liquidación del crédito, haciendo la advertencia que se deberá prestar atención especial por las partes y el operador judicial en la liquidación del crédito, teniendo en cuenta que se debe ejecutar en los términos precisos de la orden judicial impartida dentro del proceso ordinario, precisando que no necesariamente el monto por el cual se libró mandamiento es el monto a cancelar por intereses moratorios, sino el que sea correcto en la liquidación donde 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 se debe modificar la sentencia del *a quo* que decidió desestimar las excepciones planteadas por la ejecutada, y ordenó seguir adelante la ejecución, respecto a no seguir adelante con la ejecución por concepto de la diferencia de mesadas pensionales y su respectiva indexación.

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 2015¹,

«[...] 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.

¹ 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 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:

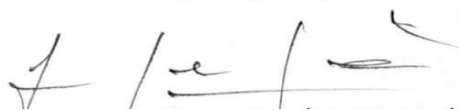
Primero.- Modificar la sentencia de 6 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Administrativo del Circuito de Bogotá, que declaró no probada las excepciones de pago y compensación y ordenó seguir adelante la ejecución contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, respecto a no seguir adelante con la ejecución por concepto de la diferencia de mesadas pensionales y su respectiva indexación, conforme a lo dicho 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 Ortegon Ortegon
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., veintiséis (26) de junio de dos mil dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado : 110013335021201700302 01
Demandante : **José Rafael Contreras Suárez**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Tema : Reajuste salarial con base en el índice de precios al consumidor (IPC)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 123 a 135) contra la sentencia de 10 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 106 a 116).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 1 a 20). El señor José Rafael Contreras Suárez a través de apoderado, 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, acude ante esta jurisdicción con el fin de solicitar se declare la nulidad del i) Oficio Nro. 20155661118181: MDN-CGFM-COEJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 17 de noviembre de 2015 proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación y reajuste de los salarios con base en el 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, todas las primas y prestaciones, adicionando los porcentajes del índice de precios al consumidor reconocidos por el Gobierno Nacional y certificados por el DANE, aplicable para los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y su incremento año por año hasta la fecha de retiro del servicio

activo, aumento que a su vez se debe reflejar en la liquidación de la asignación de retiro; ii) establecer una nueva base de liquidación salarial debidamente ajustada la cual se debe aplicar desde el año 1999 hasta la fecha en que se efectuó su retiro del servicio activo de acuerdo a los reajustes anuales ordenados por el Gobierno; iii) reliquidar la nueva asignación básica salarial para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las primas, cesantías, indemnizaciones y otros pagos efectuados con la anterior asignación básica; iv) indexar los valores adeudados; v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; vi) pagar los valores que se llegaran a reconocer y los respectivos intereses moratorios que se causen; y v) condenar al pago de costas y agencias en derecho.

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

Laboró en el Ejército Nacional 30 años y 27 días, siendo retirado de la actividad militar por solicitud propia, a partir del 23 de agosto de 2013, según Resolución 2154 de fecha 23 de agosto de 2013.

Mediante Resolución 6631 del 28 de octubre de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro a partir del 1º de diciembre de 2013, en un porcentaje de 95% de su asignación básica y desde esa fecha devenga su mesada pensional.

Indicó que a partir del año de 1999 hasta el año 2004 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 10 de noviembre de 2015, se solicitó a la dirección de personal del Ejército de las Fuerzas Militares que se le reconociera el sueldo básico y demás prestaciones sociales, conforme a 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 20155661118181: MDN-CGFM-COEJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 17 de noviembre de 2015 proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, 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.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- La parte demandante citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 13, 25, 42, 53, 90, 150, 334, 366 y 373 de la Constitución Política de Colombia; 4, 11 y 13 de la Ley 4 de 1992 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Indicó que desde el año 1999 hasta el año 2004, se evidencia que el reajuste salarial anual se efectuó en forma inferior a lo determinado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, como lo es el índice de precios al consumidor, por lo que se evidencia una evidente violación a la Constitución Política de Colombia.

Aseveró que al permitirse por parte del Ministerio de Defensa Nacional la pérdida del poder adquisitivo en los salarios y las asignaciones de retiro se puso en inferioridad a los empleados o pensionados, desmejorando sus salarios y sus prestaciones sociales.

Contestación de la demanda.- (fs. 84 a 101) La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el ajuste con base en el IPC solo ha sido reconocido por la jurisprudencia para el personal retirado de la fuerza pública, pero no para aquel que se encuentre en servicio activo, por lo que si se le reconociese sería abiertamente violatorio de la Constitución Política.

Dijo que el Gobierno Nacional fija mediante decretos anuales, los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, los cuales gozan de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada ante los jueces competentes.

Concluyó que el actor no se encuentra en igualdad de condiciones frente a quienes se les reconoció su asignación de retiro con anterioridad al año 2004, pues la misma solo procede para asignaciones de retiro, sin que sea viable aplicarlo a los salarios del personal en actividad, facultad que solo es competencia del Gobierno Nacional.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda al indicar que el reajuste de la asignación de retiro conforme al IPC, se produjo para los años 1997 al 2004, pues a partir de la vigencia de 2005, se corrigió el desequilibrio existente entre el IPC y al verificar el material probatorio arrimado al expediente, se pudo comprobar que el actor fue retirado de la institución a partir del 1º de septiembre de 2013 mediante la Resolución 2145 del 23 de agosto de 2013, por lo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la Resolución 5831 del 28 de octubre de 2013, procedió a reconocer y ordenar el pago de la asignación mensual de retiro, quedando claro que el sueldo básico hasta la fecha, fue reajustado conforme al principio de oscilación aplicable al personal activo de las fuerzas militares.

Indicó que los beneficios concedidos por la Ley 238 de 1995, sólo amparan y son aplicables al personal que devengaba la asignación de retiro de las fuerzas militares o de policía, pero como el actor para las vigencias de 1997 al 2004, se encontraba en servicio activo, según la hoja de servicios militares 3-13468961 del 23 de mayo de 2014, de la cual se extrae que sólo hasta la vigencia 2013 adquirió la calidad de retirado, se concluyó que no es beneficiario de los incrementos realizados al personal retirado para los años 1997 a 2004, por lo que negó las pretensiones de la demanda, conservando la validez y eficacia del acto administrativo acusado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La actora a través de escrito de 19 de septiembre de 2018, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 10 de septiembre de 2018 (fs. 123 a 135), proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el actor tiene derecho a que se le efectuó el reajuste de los salarios y factores computables devengados a partir del 1º de enero de 1999 hasta el 1 de diciembre de 2013, fecha a partir de la cual se le otorgó su asignación de retiro teniendo en cuenta los incrementos del índice de precios al consumidor certificados por el DANE, por cuanto en dichos años el IPC fue inferior o igual al aumento ordenado por cada decreto y por lo mismo se le deberá aplicar el que más le beneficie.

Manifestó que la condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se encuentra consagrado en materia laboral, por lo que insiste en que tiene derecho a que se le realice el reajuste conforme al IPC, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante auto de 9 de noviembre de 2018 (fl. 137) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 29 de marzo 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. 145 a 153) 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 153¹ 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 le asiste razón jurídica, o no, al demandante para reclamar el reajuste del salario conforme al IPC de los años de 1999 a 2004 y, su consecuente, reajuste de la asignación de retiro.

¹ «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, por cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, expedido 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. 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.

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**² 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.
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*

² Frase tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-710 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández.

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	19.50%
SARGENTO	
VICEPRIMERO	
SARGENTO	17.90%
SEGUNDO	
CABO PRIMERO	16.40%
CABO SEGUNDO	15.40%

NIVEL EJECUTIVO

COMISARIO	45.50%
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 militares³, 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.

³ 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.

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:

«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 2004⁴, 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) Resolución 2154 de 23 de agosto de 2013, proferida por las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, por la cual se retira del servicio activo al demandante José Rafael Contreras Suárez a partir del 3 de septiembre de 2013 (fs. 24 y 25).

b) Resolución 6631 de 28 de octubre de 2013, emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una asignación de retiro al señor José Rafael Contreras Suárez (fs. 26 a 28).

c) Derecho de petición radicado por el demandante el 10 de noviembre de 2015, 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, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 en adelante (fs. 29 a 33).

d) Oficio N° 20155661118181: MDN-CGFM-COEJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 del 17 de noviembre de 2015, proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas

⁴ Entrada en vigencia 1° de enero de 2005.

Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación y reajuste del salario incluyendo el índice de precios al consumidor (fs. 34 y 35).

e) Hoja de servicio Nro. 3-13468961 de fecha 23 de mayo de 2004, expedida por el Ejército Nacional, donde consta que el señor José Rafael Contreras Suárez, prestó sus servicios durante 30 años y 27 días (fl. 36).

f) 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 en el personal en comisión en el exterior de Bogotá D.C. (f. 37).

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. 20155661118181: MDN-CGFM-COEJEC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 17 de noviembre de 2015 proferido por la oficina de sección de nómina de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación y reajuste de los salarios con base en el índice de precios al consumidor.

Observa la Sala que en el presente asunto se solicita el reajuste de los salarios percibidos por el actor mientras estuvo en servicio activo durante los años 1999, 2000, 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 del acto administrativo acusado, 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 2013, 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 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 2015⁵, 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

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,

⁵ 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:

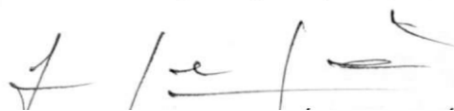
Primero.- Confirmar la sentencia de 10 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor José Rafael Contreras Suárez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad a lo expuesto 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, 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 Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2017-00326-01
Demandante : **Carlos Alfonso Rodas Hernández**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reajuste salarial conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 81 a 91) contra la sentencia del 13 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 74 a 79).

I. ANTECEDENTES

El medio de control. - (fs. 1 a 20) El señor Carlos Alfonso Rodas Hernández, por intermedio 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 Nacional – Ejército Nacional, a fin de que se inapliquen por excepción de inconstitucionalidad los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, y además se declare la nulidad del Oficio 20165660597521 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 14 de mayo de 2016, por medio del cual le fue negado el reajuste de salarios.

A título de restablecimiento del derecho, peticionó se condene a la entidad demandada a (i) reajustar la base de liquidación salarial o sueldo básico desde el año 1999 hasta el 2004 y por efecto la reliquidación de todas las primas y prestaciones sujetas a este, de conformidad

con el IPC certificado por el DANE; (ii) reliquidar su asignación de retiro de acuerdo con los reajustes petitionados; (iii) tener en cuenta la nueva asignación básica salarial y la asignación de retiro reajustada, para todo el resto de su vida y la de sus beneficiarios; (iv) computar con retroactividad los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las primas, cesantías, indemnizaciones y otros pagos efectuados con la liquidación errada de la asignación de retiro; (v) cancelar lo correspondiente a los últimos cuatro años de todos los valores adeudados por salarios o de asignación de retiro, en forma indexada hasta el pago total de la obligación, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; (vi) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; (vii) pagar intereses moratorios a la tasa máxima una vez vencidos los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y (viii) cancelar las costas y agencias en derecho.

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

Laboró en el Ejército Nacional por 30 años, 09 meses y 07 días, siendo retirado por solicitud propia mediante la Resolución 0130 del 07 de febrero de 2012.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil por medio de la Resolución 1118 del 14 de marzo de 2012 le reconoció una asignación de retiro con efectos a partir del 15 de mayo de 2012, en cuantía del 95% del sueldo en actividad.

La base de liquidación salarial para el grado que ostentaba en servicio activo se vio afectada en los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 porque el incremento salarial legal anual decretado por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública fue inferior al IPC certificado por el DANE para esos mismos años.

Desde el 2005 la entidad accionada reajustó anualmente los salarios de acuerdo con los decretos emanados por el Gobierno Nacional, pero se aplicaron sobre una base de liquidación salarial o de asignación de retiro equivocada, de manera que el perjuicio causado se ha mantenido en el tiempo.

Para el 2012 (año del retiro) la asignación básica era de \$ 1.144.755,08 m/cte., pero si para

los años de 1999 al 2004 se hubieran efectuado los ajustes conforme al IPC debería percibir la suma de \$ 1.683.574,83 m/cte., lo que afecta directamente su salario básico y, como consecuencia, su asignación de retiro.

Los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, son abiertamente inconstitucionales al vulnerar flagrantemente sus derechos.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. - La parte actora citó como normas violadas por el acto administrativo censurado el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 42, 53, 90, 150, 334, 366 y 373 de la Constitución Política; y la Ley 4ª de 1992.

Para el efecto, sustentó que las normas referidas han sido desconocidas con el accionar del Estado desde el año 1997 hasta la fecha, pues transgreden los derechos de los trabajadores, en especial de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, comoquiera que no se les canceló sus salarios y, por consiguiente, su asignación de retiro no se reconoció en debida forma.

Lo anterior, toda vez que desde 1999 hasta el 2004 se evidencia que el reajuste salarial anual se realizó de manera inferior a lo determinado por el DANE.

Contestación de la demanda. - (fs. 52 a 59) La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que los ajustes del sueldo básico se realizaron de acuerdo con lo establecido en la norma vigente en los años invocados por el actor, por lo que queda incólume la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo censurado y, por ello, formuló la excepción de legalidad del acto definitivo demandado.

Señaló que no es posible aplicar las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995 al personal en actividad, pues la excepción fue solamente contemplada para el personal que gozaba de asignación de retiro o pensión, por lo que deben despacharse desfavorablemente las súplicas de la demanda, máxime cuando esa entidad solamente está sometida a las normas que fijan el régimen salarial y prestacional para los miembros de la Fuerza Pública tal como los Decretos

122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, los que el Gobierno Nacional expidió dentro del marco de la Ley 4ª de 1992.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia proferida el 13 de febrero de 2019 (fs. 74 a 79) negó las pretensiones de la demanda al colegir que los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares por disposición del artículo 1.º de la Ley 238 de 1995, regulan el reajuste de las pensiones o asignaciones de retiro, estableciendo que el incremento anual de dichas prestaciones debe hacerse con base en el IPC ordenado en la Ley 100 de 1993 en el evento de que éste último resulte más favorable que el dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 y opera durante el tiempo posterior a la expedición de la Ley 238 de 1995 hasta cuando entró en vigor el Decreto 4433 de 2004, el cual volvió a contemplar el incremento de las asignaciones de retiro según el principio de oscilación, pues tal como se indica en las citadas normas, dicho reajuste se aplica sobre las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al año 2004 y no sobre los salarios devengados por el personal en servicio activo.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia que negó las pretensiones de la demanda (fs. 81 a 91), en el cual reiteró lo expuesto en el escrito demandatorio y, además, en cuanto al principio de oscilación precisó que según este las asignaciones de retiro deben tener en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que devengan en actividad, por lo que deberá aplicarse el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 238 de 1995, en cuanto a los beneficios fijados en relación con el reajuste de la prestación pensional que debe hacerse con el porcentaje de la variación del IPC del año inmediatamente anterior, pues el beneficio y favorabilidad incluye a los miembros de la Fuerza Pública.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido en efecto suspensivo mediante providencia del 1.º de marzo de 2019 (f. 93) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 06 de mayo de 2019 (f. 98), 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. 101), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara. Oportunidad que fue aprovechada únicamente por la parte demandante.

Parte demandante. - (fs. 102 a 108) Reiteró lo expuesto en la demanda e insistió en que el reajuste de la asignación básica conforme al IPC por su naturaleza trae como consecuencia el reajuste al valor de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Armadas, por lo que la entidad accionada al fijar los incrementos anuales de su asignación básica debió descalificar los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, ya que el porcentaje a incrementar durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, fue inferior al del IPC.

Por otro lado, en lo que respecta a la condena en costas manifestó que no hay lugar a las mismas, puesto que no se comprobó temeridad o mala fe, así como tampoco el ejercicio de acciones temerarias ni dilatorias que haya dificultado el curso normal del proceso.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia conforme a lo establecido en el artículo 153¹ de la Ley 1437 de 2011.

Problema jurídico. - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste razón jurídica, o no, al demandante para reclamar el reajuste del salario conforme al IPC de

¹ «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 años de 1999 a 2004 y, su consecuente, reajuste de la asignación de 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, por cuanto no es posible dar aplicación a la preceptiva contenida en el párrafo 4.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en razón a 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 IPC, de acuerdo con los argumentos de orden legal y jurisprudencial 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.

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 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, específicamente tal disposición indicó:

«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**”.

[...]

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~~² de cada año, **modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.**

[...]

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» (Destaca la Sala).

Así las cosas, se expidió el Decreto 107 de 1996, mediante el que 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.

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	90.00%
GENERAL	

² Frase tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-710 de 22 de septiembre de 1999, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández.

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	26.40%
MAYOR	
SARGENTO	22.60%
PRIMERO	
SARGENTO	19.50%
VICEPRIMERO	
SARGENTO	17.90%
SEGUNDO	
CABO	16.40%
PRIMERO	
CABO	15.40%
SEGUNDO	

NIVEL EJECUTIVO

COMISARIO	45.50%
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 Militares³ 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).

³ 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.

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:

«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 vigor del Decreto 4433 de 2004⁴, 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.º 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 reconocen a tales servidores se efectúa conforme al principio de oscilación que, en todo caso, no puede ser inferior al 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.º) de la Ley 100 de 1993.

Acervo probatorio. - En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal, tenemos:

- a) Resolución 0130 del 07 de febrero de 2012 mediante la cual el comandante del Ejército Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares en forma temporal con pase a la reserva, por solicitud propia, al señor Carlos Alfonso Rodas Hernández, a partir del 15 de febrero de 2012 (f. 22).

⁴ Entrada en vigencia 1º de enero de 2005.

- b) Resolución 1118 del 14 de marzo de 2012 a través de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor Carlos Alfonso Rodas Hernández, a partir del 15 de mayo de 2012, en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo (fs. 23 y 24).
- c) Derecho de petición presentado por el aquí demandante el 03 de mayo de 2016 ante la entidad accionada, con la intención de que le fuera reajustada la base de liquidación conforme al IPC de los años de 1996 hasta el 2004 (fs. 25 a 29).
- d) Oficio 20165660597521: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 14 de mayo de 2016 por medio del cual la entidad accionada negó al señor Rodas Hernández el reajuste del sueldo básico dando aplicación a la escala gradual porcentual por concepto del IPC, así como el pago indexado de dichos valores de acuerdo con la Ley 4ª de 1992 (fs. 30 y 31).
- e) Hoja de servicios 3-9264563 del 15 de febrero de 2012 correspondiente al señor Carlos Alfonso Rodas Hernández, en la que se observa que el mismo ingresó al Ejército Nacional el 1.º de septiembre de 1984 y se retiró por solicitud propia el 15 de febrero de 2012, además se describen los conceptos que percibió (fs. 132 y 133).
- f) Certificación emitida el 17 de junio de 2016 por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, en la que indicó la forma en la que le fue liquidada la asignación de retiro al aquí demandante (f. 34).

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 20165660597521: MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 14 de mayo de 2016 y, como consecuencia, el reajuste de los salarios percibidos mientras estuvo en servicio activo durante los años de 1999 a 2004 con base en el IPC certificado por el DANE, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el 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 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002, 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 parágrafo 4.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en razón a 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 IPC.

En esos términos, el reajuste previsto en la citada Ley 238 de 1995 se hace 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.

Conforme a lo expuesto, se arriba a la conclusión de que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo del trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferido por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negaron las súplicas de la demanda presentada por el señor Carlos Alfonso Rodas Hernández.

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)⁵, «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,

RESUELVE:

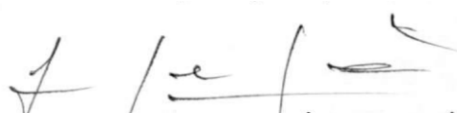
Primero: Confirmar la sentencia del trece (13) de febrero de dos mil diciembre (2019) proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda presentada por el señor Carlos Alfonso Rodas Hernández en contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

Amch.



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

⁵ Se aclara que dicha norma entró en vigor el 1º de enero de 2014 y en su artículo 626 (letra c) derogó el CPC.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-053-2017-00385-01
Demandante : **Luz Mery Suárez Suárez**
Demandado : Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Contrato realidad

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 203 a 2013) y la entidad demandada (fs. 214 a 217) contra la sentencia de 24 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá (fs. 192 a 199), mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El medio de control. - (fs. 3 a 28). La señora Luz Mery Suárez Suárez, a través de apoderado, acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹ conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., con el fin de que se declare la nulidad del Oficio OJU-E-1018-2017 del 8 de junio de 2017, radicado 201703510090971, proferido por el jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad demandada, mediante el cual se le negó las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas del vínculo que existió entre las partes durante el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017 (fs. 36 a 43).

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a: (i) declarar que entre esa entidad y el demandante existió una relación laboral desde el 1º de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017; (ii) pagar la totalidad de los factores salariales (primas, cesantías,

¹ Escrito de demanda interpuesto el 19 de octubre de 2017. - f. 90.

bonificaciones, quinquenios, vacaciones, subsidio de transporte y alimentación) y devengados por los auxiliares de enfermería durante el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017; (iii) efectuar las cotizaciones al fondo de salud y pensión, según como corresponda, por el periodo que duró la relación laboral, tomando como ingreso base de cotización el salario que devenga un trabajo de planta en el cargo de auxiliar de enfermería; así como a la caja de compensación familiar a la que se encuentra afiliada; (iv) indemnizarla de conformidad a la Ley 244 de 1995, esto es, un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, calculado hasta la fecha en que se efectuó el pago de las mismas; (v) indexar las sumas dejadas de cancelar; (vi) dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187, 192, 193 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y (vii) pagar las costas y agencias en derecho del proceso.

Fundamentos fácticos. - La señora Luz Mery Suárez relató como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Laboró de manera «*constante*» ininterrumpida y presencial para el Hospital el Tunal III Nivel (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), en el cargo de auxiliar de enfermería desde el 1° de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017.

El cargo desempeñado de auxiliar de enfermería lo prestó de forma personal, cumpliendo horarios, bajo permanente subordinación, además que las funciones propias del cargo están encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad prestadora de salud.

A través de contratos de prestación de servicios y de la figura de tercerización laboral, la institución prestadora de salud ocultó la verdadera relación laboral.

A partir del 1° de abril de 2003 y hasta el 31 de diciembre de 2007, el Hospital el Tunal E.S.E. Nivel III realizó la vinculación mediante la cooperativa de trabajo asociado UCINCOOP, «*bajo la figura de tercerización laboral*»

Desde el 2 de enero de 2008 hasta el 30 de junio de 2017, se vinculó al Hospital el Tunal

E.S.E. Nivel III (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) a través de diversos contratos de prestación de servicios firmados directamente con la entidad.

Devengó como último salario \$1.417.680, cumplió siempre un horario laboral como auxiliar de enfermería, dentro de las funciones que ejercía estaban: asistir al usuario del servicio de urgencias y hospitalizaciones en todo lo que tiene que ver con su preparación, aseo, toma de signos vitales y suministro de información de acuerdo con los procedimientos establecidos, verificar la correcta administración de medicamentos de acuerdo con la prescripción médica y la asignación de la enfermera jefe, administrar la dieta prescrita al paciente y de acuerdo a normas técnico científicas, realizar el proceso de desinfección de equipos y áreas críticas de acuerdo con los protocolos de bioseguridad establecidos por la institución.

La entidad la desvinculó «*sin justa causa*» el 30 de junio de 2017. El 12 de mayo de 2017, solicitó a la Subred Integrada de Servicios de Salud el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales dejadas de cancelar, ya que, su vínculo estuvo reglado por los tres elementos de un contrato de trabajo, como son, subordinación, el trabajo lo prestaba de forma personal, cumplía un horario y recibía una remuneración.

Petición que fue negada por la entidad, mediante acto administrativo OJU-1018-2017 de 8 de junio de 2017

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. - Citó como normas violadas por el acto demandado los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 de la Constitución Política; de orden legal: Ley 6ª de 1945, Ley 4ª de 1992; Ley 100 de 1993; Ley 80 de 1993; Ley 332 de 1996; Ley 1564 de 2012; Decreto 2127 de 1945; 51 del Decreto 1848 de 1968; Decreto 3135 de 1968; artículo 8° del Decreto 3135 de 1968; 25 del Decreto 1045 de 1968; Decreto 1250 de 1970; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1335 de 1990; Decreto 1335 de 1990; Ley 4ª de 1992; Decreto 1374 de 2010; 23 y 24 Código Sustantivo del Trabajo.

Adujo que la figura de prestación de servicios ha sido contemplada, solo en los casos, donde «*además de la independencia del contratista, se puede evidenciar la ausencia de subordinación; así como la concurrencia de otros factores tales como la prestación personal*

del servicio y el pago de salario».

El ordenamiento jurídico ha previsto, no solo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, esto es, sin el cumplimiento de las condiciones legales para el fin previsto, valga decir, que la actividad a contratar no puedan realizarse con personal de planta, o que se requiera para su prestación de conocimientos especializados.

La Institución prestadora de salud vulneró a todas luces los derechos fundamentales y laborales, al pretender contratar por órdenes de servicios, a la actora en un cargo de auxiliar de enfermería, cargo que, por su naturaleza, reúne los 3 elementos que se necesitan para que se configure un contrato realidad.

Contestación de la demanda. - (fs. 102 a 122). La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., mediante escrito de 17 de mayo de 2018, dio contestación de la demanda donde se opuso a las pretensiones del medio de control, afirmando que no existió un vínculo laboral, toda vez que la actora fue contratada por prestación de servicios, bajo los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993.

Las actividades desarrolladas por la señora Luz Mary Suárez, dio la posibilidad de vincular personas por medio de la modalidad de contratos de prestación de servicios en virtud del Decreto 2170 de 2002 y al presupuesto aprobado para cada contrato *«[...] esto en razón a que teniendo en cuenta la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, que naturalmente deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto el personal de planta de la Entidad resulta suficiente para cumplir con la gestión encomendada. Luego, el Hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera por lo cual celebra los contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como E.S.E. [...]»* [sic].

En ningún caso esos contratos generaron una relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraron por el término «*estrictamente*» indispensable o cuando el presupuesto aprobado diera la posibilidad de celebrar dicho contrato.

La sentencia C-171 de 2012 proferida por la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde autorizó a las empresas sociales del Estado desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, teniendo en cuenta unos parámetros entre ellos, como en este caso que las funciones no se presten de forma permanente, demostrando que no era posible realizar las actividades con el personal de planta con que contaba el hospital.

Añadió que el tipo de vinculación que existió entre las partes no cumple con los elementos exigidos para que se configure un contrato realidad.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El 24 de mayo de 2019, el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito de Bogotá, después de hacer un análisis jurisprudencial y probatorio, accedió parcialmente a las pretensiones, así: (i) declaró la nulidad del acto administrativo objeto de control judicial; (ii) declaró la existencia de una relación «*legal y reglamentaria*» entre las partes ordenando el pago de las consecuencias prestacionales desde el 8 de enero de 2014 al 30 de junio de 2017; (iii) declaró probada la excepción de prescripción; (iv) declaró que el tiempo laborado se debe computar para efectos pensionales; y (v) negó las demás pretensiones. Es de resaltar que tuvo en cuenta el tiempo en que se vinculó a la demandante por medio de órdenes de prestación de servicios, el tiempo que prestó sus servicios por intermedio de cooperativas no lo tuvo en cuenta.

Indicó que de las pruebas allegadas al expediente se evidenció que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, bajo un horario establecido, recibiendo órdenes de sus superiores, y obteniendo una remuneración por la labor desempeñada, configurándose así los 3 elementos que constituyen un contrato realidad, situación que fue respaldada con los testimonios escuchados.

Teniendo en cuenta que se configuró el fenómeno de la prescripción, ordenó el pago de las prestaciones sociales reconocidas por haberse desempeñado como auxiliar de enfermería, desde la orden de servicio 394-2014 de 8 de enero de 2014, ya que, consideró que desde esa vinculación existió continuidad en la labor prestada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del juez de primera instancia, las partes intervinientes en el proceso interpusieron recurso de apelación, los cuales sustentaron de la siguiente manera:

- **Parte demandante.** - (fs. 203 a 213) Apeló la decisión de primera instancia **únicamente** en lo relacionado a la prescripción del pago de las prestaciones sociales derivadas de la configuración del contrato realidad, toda vez que, asegura que el juez de primera instancia declaró la mencionada figura sin tener en cuenta todas las pruebas allegadas al expediente, donde se evidencia que la demandante laboró para la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. de forma continua, y que, aunque el *a quo* solo tuvo en cuenta las órdenes de servicio, donde evidenció una interrupción de 15 días, lo cierto es que, si se estudian los demás medios probatorios se desprende que no existió interrupción alguna.

La sentencia de primera instancia debe modificarse en cuanto a la prescripción decretada, y confirmarse en lo demás.

- **Entidad demandada.** – (fs. 214 a 217) La Subred Integrada de Servicio de Salud Sur E.S.E., insistió en que la contratación de la actora se realizó bajo los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993, toda vez que el cargo que la funcionaria ocupaba dependía entre otras, de la especialidad de sus conocimientos, no existe dentro del expediente pruebas que permitan determinar que estuvo sujeta a órdenes de superiores. Los testimonios que fueron tenidos en cuenta por el juez no gozan de imparcialidad, toda vez que ellos también iniciaron procesos con el objeto de que se les declare un contrato realidad por la vía judicial.

En ese orden, se evidencia que no se configuraron los elementos exigidos para que se diera un verdadero vínculo laboral, que la actora prestó sus servicios por medio de órdenes de servicio, por necesidad de la institución, figura que la ley respalda, en estos casos, por lo que

los contratos celebrados entre las partes gozan de plena legalidad. Solicito se revoqué el fallo de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

Competencia. - Conforme a la preceptiva del artículo 153² de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problema jurídico. - Se contrae a determinar: i) si a la señora Luz Mery Suárez Suárez, le asiste el derecho al reconocimiento de unas prestaciones sociales y demás acreencias laborales derivadas del posible vínculo laboral (contrato realidad) que afirma, se configuró por haber prestado sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal – hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., durante el periodo comprendido entre el año 2001 al 2017; y ii) como consecuencia del mencionado vínculo le asiste derecho a que se le reconozca y paguen las prestaciones sociales dejadas de percibir a título de restablecimiento del derecho, sumas debidamente indexadas.

Tesis de la Sala. - En el asunto sometido a estudio se modificará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por cuanto se debe declarar la existencia de un contrato realidad por todo el tiempo laborado, salvo las interrupciones, teniendo en cuenta también el tiempo que laboró bajo la figura de tercerización cuando fue vinculada a través de cooperativas de trabajo. Toda vez que durante todo el tiempo que la actora prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal E.S.E. Nivel III (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), se logró demostrar que se cumplieron los 3 elementos que constituyen una verdadera relación laboral.

Por lo que se desvirtuó la legalidad del acto acusado acusado expedido por la entidad accionada, de acuerdo con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tal como se encuentra preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política.

² «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».

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)** hechos probados; **vi)** caso concreto: a) configuración de los 3 elementos que conforman la relación laboral; b) las cooperativas como intermediarias para contratar persona; y c) prescripción; **vii)** conclusiones de la Sala; **viii)** 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 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 2016³, 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

³ 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)

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 ocasiones⁴ 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 demuestran 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 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 [...]»*⁵; **b). La subordinación**: sujeción a la orden, mando o dominio de alguien⁶, 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Concepto dado por el diccionario de la lengua española.

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 Estado⁷, 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 laborales⁸.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁹ 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 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

⁷ 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

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 Estado⁸, 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.

Es de resaltar, que, aunque está Sala fue de la postura de reconocer las prestaciones

⁸ Ver entre otras, sentencia de veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) radicado 11001-33-31-021-2007-00729-02; dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) expediente 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».

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, estas 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 indicó⁹:

«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

⁹ 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.

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 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 de 26 de diciembre de 1968¹⁰ y el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969¹¹.

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, 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 por el Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación, en la que se dispuso: *«[...] 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»*.

¹⁰ «[...] 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 [...]».

¹¹ «[...] 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 [...]».

Es necesario indicar que al referirnos al lapso que se debe tener en cuenta entre la celebración de un contrato y otro, la norma y la jurisprudencia no han establecido un término fijo, **no obstante**, esta Sala adopta la posición que aclaró el Consejero William Hernández en el salvamento de voto que realizó a la sentencia de unificación a la cual ya nos hemos referido, **al establecer que** la continuidad se da cuando entre un contrato y otro **no se excede de los 15 días**, esto, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1045 de 1978.

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 servicios¹².

Sobre el tema de la prescripción, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹³, bajo el radicado número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, 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.

3.5 Síntesis de la Sala. [...] respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

¹² Posición que aplica el Consejo de Estado, Consejo de Estado, ver entre otras en sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

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) Hechos probados. - Se demostró al interior del expediente que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, así: **a)** Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sue E.S.E.), desde el 1° de octubre de 2001 al 30 de julio de 2017; **b)** Cooperativa de Trabajo Asociado para la Salud - UCINCOOP desde el 1° de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2007; **c)** Cooperativa Promoviendo desde el 1° de marzo de 2008 al 16 de febrero de 2009; **d)** Cooperativa Intrasalud desde el 17 de febrero de 2009 hasta el 19 de agosto de 2009, donde se evidencian algunas interrupciones.

Para mayor ilustración se entrará a revisar cada uno de los contratos, para determinar su fecha de iniciación y finalización, y así establecer si en alguno de ellos **se excedió más de 15 días, perdiendo continuidad**. En ese orden se enunciarán en el siguiente cuadro las órdenes de prestación de servicios, así:

Orden de servicios	Fecha de inicio	Fecha terminación	Observaciones
1788	1°-oct-01	31-oct-01	Hospital Tunal
2306	6-nov-01	30-nov-01	6 días
2472	12-dic-01	31-dic-01	12 días
318	2-ene-02	30-sept-02	Hospital Tunal
2012	1-oct-02	31-oct-02	30 días
2431	2-dic-02	31-dic-02	*certificación (f. 57)
389	2-ene-03	30-mar-03	Hospital Tunal
UCINCOOP	1-abr-03	31-dic-07	cooperativa
Vinculación con el Hospital el Tunal	2-ene-08	28-feb-08	Entidad *certificación (f. 57)
PROMOVIENDO	1-mar-08	16-feb-09	cooperativa
INTRASALUD	17-feb-09	19-agos-09	cooperativa
847	22-ago-09	28-feb-10	Hospital Tunal
247	01-mar-10	31-ene-11	Hospital Tunal
63	01-feb-11	31-ene-12	Hospital Tunal
327	01-feb-12	31-dic-12	Hospital Tunal

303	01-ene-13	31-ago-13	1 mes 8 días** (f. 77)
1767	08-oct-13	07-ene-14	Hospital Tunal
394	08-ene-14	07-mar-15	Hospital Tunal
794	08-mar-15	31-dic-15	Hospital Tunal
510	01-ene-16	31-jul-16	Hospital Tunal
541	01-ago-16	31-ago-16	Hospital Tunal
4040	01-sept-16	07-ene-17	Hospital Tunal
2339	08-ene-17	15-mar-17	Hospital Tunal
5212	01-abr-17	30-jun-17	Hospital Tunal

Se evidencia en el cuadro que se trajo como ilustración, que existieron algunas interrupciones entre algunas órdenes de servicios, que excedieron los 15 días, así:

- Del 31 de octubre de 2002 al 2 de diciembre de 2002 (30 días): tiempo que esta certificado por la entidad en documento que obra a folio 57.
- Del 30 de marzo de 2003 al 31 de diciembre de 2007 y desde el 1° de marzo de 2008 al 22 de agosto de 2009 (Aproximadamente 4 años): tiempo que se prueba en el expediente que la actora estuvo vinculada a través de diferentes cooperativas (fs. 49 a 54)

Del 31 de agosto al 8 de octubre de 2013: no hay orden de prestación de servicio que permita soportar este lapso de tiempo; sin embargo, la parte demandante aduce que a folio 77 obra planilla de «*actividades de contratistas*» que da cuenta que la señora Luz Mery prestó turnos en el mes de septiembre de 2013 lo que demuestra que durante ese tiempo si existió vinculación. En ese orden es preciso indicar que analizada la planilla, se observa que no tiene ninguna formalidad o membrete de la entidad, así mismo, se debe indicar que esa sola prueba genera certeza suficiente para inferir que durante ese tiempo la demandante fue vinculada mediante una orden de servicio (que no se encuentra dentro de las pruebas allegadas).

No obstante, se resalta que obra dentro del expediente a folio 161 certificación expedida

por la entidad debidamente firmada y con documentación formal, donde indica que en ese lapso de tiempo la demandante no estuvo vinculada a la institución prestadora de salud, documento que fue allegado al expediente mediante Oficio OJU-E-3672-2018 de fecha 4 de diciembre de 2018 expedido por la jefe de la oficina asesora jurídica de la Subred de servicios de salud sur E.S.E..

En efecto, se concluye que existió interrupción en la prestación del servicio, la cual superó más de 15 días, ya que fue desde el 31 de agosto hasta el 7 de octubre de 2013, es decir, que solo a partir de la orden de servicio 1767 de **8 de octubre de 2013** se prestó el servicio de forma continua, ya que, con anterioridad existieron interrupciones.

A) Oficio OJU-E-1018-2017 del 8 de junio de 2017, proferido por la jefe de la oficina de la asesora jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través del cual negó el reconocimiento de un vínculo laboral entre la señora Luz Mery Suárez y esa institución, y así mismo las prestaciones sociales y demás emolumentos que se derivan de esa relación laboral que pretendía la demandante se configurará (fs. 36 a 43).

B) Carné a nombre de la señora Luz Mery Suárez Suárez, donde se evidencia que es auxiliar de enfermería del Hospital el Tunal (f. 44).

C) Certificación de 6 de diciembre de 2010, proferida por la coordinadora de talento humano del Hospital el Tunal Tercer Nivel E.S.E., donde consta que la señora Luz Mery Suárez «*desempeña actividades al interior del Hospital El Tunal Tercer Nivel [...]»* [sic] bajo prestaciones de órdenes de servicio desde el 1° de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2010 con algunas interrupciones (fs. 45 y 46).

D) Certificación de 28 de diciembre de 2011, proferida por el líder funcional del área de contratación de la entidad demandada, donde consta que la señora Luz Mery Suárez «*desempeña actividades al interior del Hospital El Tunal Tercer Nivel Empresa Social del Estado como AUXILIAR DE ENFERMERIA [...]»* [sic] bajo prestaciones de órdenes de servicio desde el 1° de octubre de 2001 [vigente a la fecha] (fs. 47 y 48).

E) Constancia del 24 de abril de 2009 expedida por la gerente administrativa de Promoviendo, donde señaló que la actora era socia de la Cooperativa PROMOVIENDO CTA desde el 1° de marzo de 2008 hasta el 16 de febrero de 2009 y prestó sus servicios como auxiliar de enfermería *«En nuestra Empresa cliente HOSPITAL TUNAL III NIVEL E.S.E.»*, aduciendo que la vinculación del asociado fue por tiempo indefinido, así mismo que el convenio de la asociación y los servicios que prestó están regulados por la Ley 79 de 1998 y el Decreto 468 de 1990 (f. 49).

F) Certificación proferida por la gestión de servicios de la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Salud Cooperativa INTRASALUD C.T.A., en la que consta que la señora Luz Mery Suárez Suárez, está afiliada como asociada a COOP. INTRASALUD, como trabajador asociado y desempeña el cargo de auxiliar de enfermería, desde el 17 de febrero de 2009, devengando una compensación de \$1.055.880 *«[...] bajo la modalidad de acto cooperativo, actividades que realiza en HOSPITAL EL TUNAL – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO»* (f. 52).

G) Certificación expedida por el representante legal de la Cooperativa UCINCOOP el 9 de noviembre de 2010, donde consta que la demandante desempeñó actividades como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal E.S.E. *«mediante Acuerdo Cooperativo desde el 1 de Abril de 2003 hasta el 31 de Diciembre de 2007, recibiendo por tal concepto una compensación básica mensual de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS PESOS (\$433.700) y beneficios adicionales por valor de [...] \$550.300, para una COMPENSACIÓN TOTAL MENSUAL DE NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$984.000) MCTE [...]» [sic]* (f. 53).

H) Certificación del 12 de octubre de 2011 expedida por el líder funcional del área de contratación del Hospital del Tunal Tercer Nivel E.S.E., donde consta que la señora Luz Mery Suárez *«presta [sus] servicios como AUXILIAR DE ENFERMERÍA, mediante la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios desde el 22 DE AGOSTO DE 2009, con unos honorarios mensuales promedio de [...] (\$1055880) sin que esto genere relación laboral entre las partes [...]»* (f. 54).

I) Certificación del 29 de octubre de 2014 originaria de la coordinadora del área de contratación del Hospital el Tunal Tercer Nivel E.S.E., donde se adujo que la actora presta sus servicios como enfermera auxiliar mediante la modalidad de contratos de servicios desde el 2 de septiembre de 2009 (f. 56).

J) Constancia de fecha 7 de noviembre de 2014, donde la profesional especializada de talento humano manifestó que la señora Luz Mery Suárez, ha desarrollado actividades al interior del Hospital el Tunal Tercer Nivel E.S.E., como auxiliar de enfermería, bajo las siguientes modalidades contractuales: (f. 57)

«Del 01 de Octubre de 2001 hasta el 30 de Marzo de 2003, a través de diversos contratos de Trabajo de prestación de servicios.

Del 01 de Abril de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2007, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado UCINCOOP.

Del 02 de enero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2008, a través de diversos contratos de trabajo de prestación de servicios.

Del 01 de marzo de 2008 hasta el 16 de Febrero de 2009, a través de la Cooperativa de Trabajo PROMOVIENDO.

Del 17 de Febrero de 2009 hasta el 19 de Agosto de 2009, a través de la Cooperativa de Trabajo COOPINTRASALUD.

[...]» [sic para todo el texto]

K) Contratos de prestación de servicio Nos. 247 de 2010 (f. 58), 1757 de 2013 (fs. 59 a 63); 394 de 2014 (fs. 66 a 69).

L) Cronograma de actividades de «AUXILIARES DE ENFERMERÍA LACTARIO» del Hospital del Tunal, donde se encuentran las actividades de los contratistas, entre ellos la señora Luz Mary, de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre, septiembre de 2013; marzo, abril, junio, julio, diciembre de 2014; y julio de 2015 (fs. 70 a 84).

M) Acuerdo 004 del 29 de marzo de 2001 «por el cual se expide el Manual específico de Funciones y Requisitos para los diferentes empleos que conforman la planta de personal del

Hospital El Tunal III Nivel Empresa Social del Estado», donde se especifican las funciones del cargo denominación auxiliar de enfermería (fs. 144 y 145).

N) Acuerdo 003 del 17 de marzo de 2006 «*por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital el Tunal III Nivel*», donde se realizó la descripción de las funciones esenciales del cargo denominado auxiliar área salud, nivel asistencial (fs. 146 a 149).

O) Certificación del 29 de noviembre de 2018, mediante la cual la directora operativa de la dirección de talento humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., indicó que «*En la planta de personal del antiguo HOSPITAL TUNAL E.S.E. existió el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA Código 555 Grado 17, Hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR AUXILIAR AREA SALUD Código 412 Grado 17*», donde manifestó que además, que tiene derecho a los siguientes emolumentos: salario, prima de antigüedad, recargos dominicales y festivos, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, prima de navidad, vacaciones, bonificación por servicios, reconocimiento por permanencia, cesantías, intereses cesantías (f. 150).

P) Certificación del 11 de diciembre de 2018, proferida por el director de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., donde consta que la señora Luz Mery Suárez, prestó sus servicios a esa entidad como auxiliar de enfermería a través de órdenes de prestación de servicios, desde el 1° de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017, con algunas interrupciones (fs. 161 y vto.).

Q) Contratos de prestación de servicios 63 de 2011, 327 de 2012, 1767 de 2013, 303 de 2013, 394 de 2014, 794 de 2015, 1627 de 2016, celebrado entre el Hospital el Tunal III Nivel Atención E.S.E. y la señora Luz Mery Suárez Suárez (CD. f. 162).

R) Hoja de vida de la señora Luz Mery Suárez Suárez; y constancia de pago de los impuestos ICA y retención en la fuente (CD. f. 162).

S) Testimonios de los señores: i) Bárbara Espinel Benítez; ii) Claudia Rocío Cárdenas Sandoval; y el interrogatorio de parte de la actora. (CD. f. 173 cd), donde se destaca lo más relevante sobre el tema, así:

Coincidieron en indicar que la señora Luz Mery Suárez prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), en turnos rotativos, los cuales eran asignados por la jefe del departamento de enfermería, afirmando que los turnos eran de 6 horas.

Indicaron que las funciones realizadas por la actora eran iguales a las que cumplían las auxiliares de enfermería de planta del hospital, donde se destacan: atender a los pacientes, prepararlos, asistir y orientar al paciente, asistirlos en la alimentación, aseo, traslados, recibía y entregaba la información detallada de cada uno de sus pacientes en la entrega del turno, o si un superior se lo pedía, debía informar los faltantes del inventario; también explicaba los procedimientos al paciente y/o al familiar cuando lo autorizaba el jefe de servicio.

Los testigos, así como el interrogatorio de parte, indicaron que para que la demandante pudiera ausentarse de su lugar de trabajo debía pedir un permiso previo a la jefe coordinadora del departamento de enfermería, no podía hacer cambios de turno de manera autónoma, debía cumplir con las funciones asignadas por la jefe de enfermería, y cuando era necesario debía quedarse más tiempo del estipulado en el turno, así mismo que debía prestar el servicio de forma personal, no podía hacerlo desde otro lugar que no fuera la institución prestadora de salud.

vi) Caso concreto.- Se tiene que en el presente caso la demandante en calidad de **auxiliar de enfermería**, pretende se declare la existencia de una relación laboral, que en su sentir, aseguran que se generó con la prestación del servicio que prestó al Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) 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 auxiliar de enfermería.

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 demandante, se debían ejercer de manera permanente y personal, por la necesidad del servicio, toda vez que al desempeñarse como auxiliar de enfermería debía prestar turnos, los cuales eran coordinados por la institución, actividad que debía cumplir de forma personal, pues en ese lapso de tiempo le asignaban a unos pacientes de los cuales debía encargarse en cuanto a la alimentación y medicamentos, donde en algunos casos se trataba de recién nacidos, que necesitan unos cuidados especiales, también debía presentar los informes solicitados de cada paciente, entre otros.

Así mismo, las pruebas tenidas en cuenta y que guardan directa relación con el caso (se hace referencia a las documentales y a los testimonios), dejan ver que la demandante en calidad de **auxiliar de enfermería** en el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), debía desarrollar sus actividades de manera personal, de igual manera es de resaltar que las funciones ejercidas guardan relación directa con el funcionamiento del ente hospitalario, pues, es un cargo que existe en la planta del personal haciéndose indispensable para la prestación y desarrollo del objeto de la Institución, ya que las funciones que realizan como auxiliares de enfermería son permanentes y necesarias para el personal médico, por lo que se necesitan de manera permanente e inmediata para que se pueda prestar el servicio de salud de manera oportuna y eficaz.

Es decir, no podía de manera autónoma manejar el tiempo en que quisiera hacer sus labores, pues las mismas se requerían de acuerdo a la necesidad de cada paciente y de la coordinadora del área, así como del personal médico de cada turno, lo que obligaba a que tuviera que estar en el horario determinado en el Hospital el Tunal para poder cumplir a cabalidad con lo impuesto, máxime cuando, como se afirmó en los testimonios recepcionados, las personas que cumplían funciones de enfermera por órdenes de servicio tenían la misma carga laboral y la misma responsabilidad que las que estaban vinculadas en planta. Lo que

indica, que los turnos los coordinaban de la misma manera para todas las enfermeras que estuvieran vinculadas con el hospital sin importar el tipo de contrato.

De la respuesta que dio el jefe de la oficina asesora jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (Oficio OJU-E-1018-2017 de 5 de junio de 2017), se destaca que aunque se asegura que la relación contractual siempre estuvo bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, por la necesidad esporádica del servicio (pues está es la naturaleza de ese tipo de contratos), se evidencia que la vinculación perduró por aproximadamente **15 años**, donde, si bien es cierto, existieron algunas interrupciones, también lo es que, después de la orden de servicio 1767 de 2013, estas no fueron mayores a **15 días**, evidenciándose así la necesidad de la continuidad del cargo, dejando de ser 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, pues estuvo vinculada, se repite, por más de **15 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 supervisión constante, pues como se indicó en el interrogatorio de parte y los testimonios escuchados, las funciones eran impuestas por la misma institución de salud, las cuales eran iguales para las auxiliares de enfermería de planta como para los vinculados en ese mismo cargo, por órdenes de servicios, afirmación que coincidió con todos los testimonios rendidos, cuando indicaron que «[...] la carga de trabajo era igual para el personal de planta como para los contratistas» así mismo, se afirmó que la señora Luz Mery Suárez cumplía un horario que se definía por turnos, de conformidad a la necesidad del hospital, con una intensidad de 6 horas diarias, que para ausentarse de sus obligaciones debía pedir permiso con anticipación para poder ser reemplazada en el turno, el cual debía reponer cuando se lo indicaban.

En ese orden de ideas, en el *sub-lite* se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, porque la demandante, en su condición de auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), cumplía

funciones que no tienen el carácter de temporales, dado que **la vinculación se mantuvo por alrededor de 15 años**, ejerciendo las mismas funciones y cumpliendo el horario que la entidad le imponía a las enfermeras de planta, asimismo, los contratos celebrados fueron continuos, evidenciándose que después de la celebración del contrato 1767 de 8 de octubre de 2013, no existieron interrupciones, es decir, entre uno y otro no hubo un lapso **mayor a 15 días**¹⁴.

De igual forma se observa que no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometida a horarios (turnos) y sus funciones estaban bajo la coordinación y órdenes del jefe inmediato (según se prueba con los testimonios rendidos y que no desvirtuó la entidad), es decir, era dependiente y sometida a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, **no** de un contrato de prestación de servicios.

c) La contraprestación.- Por otro lado, aunque en el expediente no obra algún desprendible de pago que haga constar que a la demandante se le pagó por los servicios prestados; en los contratos allegados al expediente se observa que se estipuló el valor a pagar por la función a desempeñar, lo que nunca contravirtió alguna de las partes, por lo que se entiende que el pago de cada orden de servicio se realizó de manera periódica como lo afirma la actora y como se deduce de los testimonios recepcionados.

Dado que la actividad desarrollada por la contratista implicó la subordinación y dependencia, que cumpliera un horario de trabajo, actividad que desempeñó de forma personal y que por este servicio devengaba 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, ya que en efecto, esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así como la tercerización, evidencia que la contratación de la señora Luz Mery Suárez Suárez, se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en el ente hospitalario, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

¹⁴ Tiempo que estipula la Ley en el Decreto 1045 de 1978 y que fue aclarado en el salvamento de voto por el Doctor William Hernández.

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 vinculada 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.

d) De las cooperativas. – Se evidencia dentro de las pruebas allegadas al expediente, que la demandante estuvo vinculada a través de la figura de cooperativa, así:

- Cooperativa UCINCOOP → desde el 1° de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2007. (f. 53).
- Cooperativa PROMOVIENDO → desde el 1° de marzo de 2008 hasta el 16 de febrero de 2009 (f. 49).
- Cooperativa INTRASALUD → desde el 17 de febrero de 2009 al 19 de agosto de 2009 (f. 52).

Al respecto, el artículo 63 de la Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010 «*por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo*», con respecto a la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, indicó:

«[...]

ARTÍCULO 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

[...]»

La norma menciona que el personal requerido para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado no podrá ser vinculado a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas vigentes.

Del mismo modo, tanto el Consejo de Estado¹⁵, como la Corte Constitucional¹⁶ ha reiterado su posición ante la irregularidad de vincular a través de esta figura, donde ha manifestado que las características más relevantes de estas cooperativas son: a) la asociación es voluntaria y libre; b) se rigen por el principio de igualdad de los asociados; c) no existe ánimo de lucro; d) la organización es democrática; e) el trabajo de los asociados es su base fundamental; f) desarrolla actividades económicas sociales; g) hay solidaridad en la compensación o retribución; h) existe autonomía empresarial.

En ese orden, se tiene que las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente,

¹⁵ Ver entre otras, Sentencia de 12 de diciembre de 2017, radicado 76001233100020110082401 (119216), Consejera Ponente Sandra Lisseth Ibarra Vélez; Sentencia de 13 de agosto de 2018 radicado 23002-23-33-000-2013-00330-01 (1877-2015) Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cueter.

¹⁶ Corte Constitucional – Sala Plena, Sentencia C-211 de marzo 1º de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

bajo sus propias reglas, las cuales están contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos, lo que crea la necesidad de que exista un acuerdo cooperativo, es decir, aquel contrato que es celebrado por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Todo esto nos lleva a concluir, como lo han reiterado las altas cortes en las sentencias referidas que dicha figura asociativa no fue creada por el legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes.

En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados y, por ello, **la normativa consagró la prohibición de que actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios.**

Así las cosas, en el caso concreto se tiene que la demandante laboró por más de 15 años desempeñándose como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal, de los cuales 6 fueron bajo la figura de tercerización, es decir, por medio de cooperativas. Situación que es reprochada por este cuerpo colegiado, pues como ya se indicó, no se debe utilizar este procedimiento irregular con el fin de contratar servicio que son permanentes y que cumplen con el objeto de la institución, todo para desconocer un verdadero vínculo laboral, y de esta manera no pagar las prestaciones que implican una relación laboral.

En efecto, como ya se demostró, en el presente caso se estructura una verdadera relación laboral mediante órdenes de prestación de servicios y a través de tercerización, donde la señora Luz Mery Suárez Suárez se desempeñó como auxiliar de enfermería en el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), desde el 1° de octubre de 2001 al 30 de junio de 2017. En consecuencia, y teniendo en cuenta que las cooperativas que sirvieron de instrumento para tercerizar la vinculación de la actora por un periodo, no fueron vinculadas al proceso, es el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda, ya que se debe resaltar que la señora Luz Mery siempre prestó sus servicios al hospital el tunal de manera permanente y continua desempeñándose como auxiliar de enfermería configurándose un verdadero contrato laboral.

e) De la prescripción.-

En el presente caso el último contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, finalizó el **30 de junio de 2017**¹⁷, la solicitud realizada por la demandante fue presentada el **12 de mayo de 2017**¹⁸, y la demanda se presentó el **19 de octubre de 2017**¹⁹, es decir, que no pasaron más de **3 años** entre la finalización del contrato y la solicitud elevada a la administración, por lo que no se configuró en este caso, **el fenómeno de la prescripción**, es de resaltar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión.

Sobre el tema, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016²⁰, bajo el radicado número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, 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

¹⁷ Certificación allegada por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. f. 161.

¹⁸ Fs. 29 a 35

¹⁹ Información sustraída del acta individual de reparto f. 90.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

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.

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas 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).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

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).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados

[...].» (subrayado y resaltado fuera de texto).

De la jurisprudencia transcrita se tiene que la prescripción recae sobre el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, más no se aplica a los derechos pensionales por tener la calidad de prestación periódica, pues como lo resaltó el máximo órgano de control «[...] 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», agregó que «[...] Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicarla frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales [...]».

Así las cosas, es preciso indicar que el tiempo laborado debe ser tenido en cuenta para el computo pensional.

vii) Conclusiones de la Sala. – Se modificará la decisión de primera instancia, toda vez que declaró la existencia del contrato realidad sólo por el tiempo laborado mediante órdenes de prestación de servicios, cuando de las pruebas allegadas y analizadas en el expediente, se demostró que el tiempo que trabajó a través de cooperativas también debe ser tenido en cuenta, por lo que se ordenará:

- Declarar la existencia de una relación laboral desde el 1° de octubre de 2001 hasta el 30 de junio de 2017, salvo las interrupciones que se hayan presentado.
- Declarar la nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que no fue expedido conforme a la ley (decisión que se comparte con el juez de primera instancia).
- Declarar el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, por haberse desempeñado como auxiliar de enfermería funciones donde se demostró que cumplía con los 3 elementos del contrato realidad, a partir del **8 de octubre de 2013** en virtud de la orden de prestación de servicio 1767, toda vez que se demostró que a partir de esa vinculación no se evidencia interrupciones mayores de 15 días, que hicieran perder la continuidad en la prestación del servicio.
- El tiempo laborado por la auxiliar de enfermería Luz Mery Suárez Suárez, bajo la modalidad de prestación de servicios con el Hospital el Tunal E.S.E. Nivel III (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), desde el 1° de octubre de 2001 al 30 de junio de 2017, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.
- El Hospital el Tunal E.S.E. Nivel III (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) deben tomar el ingreso base de cotización (los cuales corresponden a los honorarios pactados) del tiempo comprendido entre el 1° de octubre de 2001 al 30 de junio de 2017, 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

empleado, así mismo, si la diferencia corre por parte del empleador deberá ajustar el aporte correspondiente.

viii) 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 2015²¹, aduciendo que:

«[...]»

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".

[...]».

²¹ 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.

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.

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 primer instancia, en cuanto se debe tomar todo el tiempo que la actora prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, incluso el periodo que fue vinculada bajo la modalidad de tercerización, tiempo que no tuvo en cuenta el juez, pues se encontró que en ese periodo también reunió los requisitos exigidos para que se configure una verdadera relación laboral, solo que se realizó bajo unas irregularidades que ya fueron expuestas.

Finalmente con respecto a la sanción mora por el no pago oportuno de las cesantías, se debe indicar que la administración está llamada a reconocer y pagar dicha prestación cuando se tiene el derecho, es decir, no se pueden reconocer cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las cesantías, pues apenas con ocasión a la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la entidad accionada de reconocer y pagar el auxilio, por lo que no hay lugar a acceder a esta pretensión, toda vez que solo hasta este momento con esta providencia se está reconociendo el vínculo laboral²².

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,

²² Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 6 de octubre de 2016 radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13), Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila; 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras.

FALLA:

Primero. - Modificar los numerales segundo, tercero, quinto, y séptimo de la sentencia de 24 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial, los cuales quedarán así:

*«**Segundo y Tercero.-** Como consecuencia de la anterior nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **Ordenar** al Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sue E.S.E.), a: **i)** declarar que entre la señora Luz Mery Suárez Suárez y el Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) existió un vínculo laboral desde el 1° de octubre de 2001 al 30 de junio de 2017, teniendo en cuenta las interrupciones que se presentaron; **ii)** pagar a la señora Luz Mery Suárez Suárez, identificada con cédula de ciudadanía 52.742.528: a) 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 una enfermera auxiliar de planta, dentro del lapso de tiempo comprendido entre la celebración del contrato 1767 el cual inició el **28 de octubre de 2013**, y hasta que culminó el vínculo contractual, es decir, **30 de junio de 2017**; por haberse presentado la prescripción en los anteriores contratos, y b) los porcentajes de cotización al sistema de seguridad social en pensiones y salud durante el lapso en que prestó sus servicios y que la entidad demandada no trasladó al fondo de pensiones y EPS, para lo cual la demandante deberá acreditar los aportes que efectuó. Pero en el caso de que no los hubiese realizado, se deberán efectuar las cotizaciones respectivas y descontar el porcentaje que le correspondía a él, tal y como se precisó en la parte motiva de esta providencia.*

***Quinto. -** El Hospital el Tunal III (actual Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), **deberá** computar para efectos pensionales el tiempo laborado por la señora Luz Mery Suárez, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y la figura de tercerización, esto es desde el 1° de octubre de 2001 (fecha en que inició el vínculo) hasta el 30 de junio de 2017, sin tener en cuenta las respectivas interrupciones.*

***Séptimo. - Declarar** la prescripción de los derechos económicos (los diferentes a pensión), causados con anterioridad al **8 de octubre de 2013**, de conformidad a lo expuesto.»*

Segundo. - Confirmar en todo lo demás la sentencia de 24 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial, que accedió

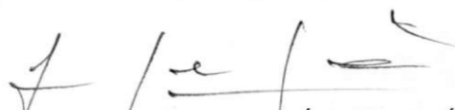
parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Luz Mery Suárez Suárez contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

Tercero. - Sin condena en costas en las dos instancias.

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

mch

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307-33-33-002-2017-00404-01
Demandante : **José Norvey 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 las partes, entidad demandada (fs. 116 a 122), parte actora (fs. 123 a 138) contra la sentencia del 07 de mayo del 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 100 a 108).

I. ANTECEDENTES

El medio de control. - (fs. 12 a 38). El señor José Norvey 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 211 consecutivo 2017-10689 del 6 de marzo de 2017, por medio del cual se le negó el reajuste de la asignación de retiro (i) tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad al régimen de transición establecido en el art. 1° del Decreto 1794 de 2000; (ii) teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 que señala que al 70% del salario mensual se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad; y (iii) la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad (fs. 5 y 6).

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 por (a) indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 *ibidem* y en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000; (b) falta de aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, comoquiera que toma el salario mínimo legal mensual vigente incrementado solo en el 40%, cuando corresponde en un 60%; (c) incluir como partida computable la doceava parte de la prima de navidad; (ii) ajustar el retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos; (iii) 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 187, 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 servicio militar en las filas del Ejército, una vez terminado el periodo reglamentario dispuesto en la Ley 131 de 1985, se incorporó como soldado voluntario. A partir del 1º de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional fue promovido como soldado profesional, condición que tuvo hasta el día del retiro del servicio.

Mediante Resolución 1651 de 8 de marzo de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro por haber cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 443 de 2004.

El 21 de febrero de 2017 con radicado 20170013923 elevó solicitud ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, indicando que se reliquidará la asignación de retiro reconocida, esto es, tomando como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y que se incluya como partida computable la prima de antigüedad como lo determina el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

A través de Oficio 2017-10689 del 6 de marzo de 2017, la entidad demandada dio respuesta al derecho de petición, donde negó las pretensiones del señor José Norvey Cárdenas, al indicar que no era posible reliquidar la asignación de retiro de la forma solicitada.

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; de orden legal: Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992; Decreto 1794 de 2000; Ley 923 de 2004; y 4433 de 2004.

Para el efecto, afirmó que la inaplicación de las normas en cita desconoció 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.

Trajo a colación algunos apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, que soportan las pretensiones solicitadas en la demanda, y ha sido reconocido el reajuste de la prestación a soldados que tienen las mismas condiciones de hecho y de derecho, haciendo énfasis en que se debe respetar, entre otros, el derecho a la igualdad.

Contestación de la demanda. (fs. 79 a 82) 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.

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; asimismo, en lo que concierne a la prima de navidad indicó que dicho factor no está contemplado para efectos de computarlo como partida en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, toda vez que solo se contempló para los oficiales y suboficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Por tanto, no puede invocarse el derecho a la igualdad en relación con aquellos a quienes el legislador dispuso que sí debía tenerseles en cuenta dicha prima para el reconocimiento de la asignación de retiro.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot mediante sentencia del 07 de mayo de 2019 (fs. 100 a 108) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad debió reconocer la asignación de retiro a) aplicando el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 a efectos de soslayar cualquier desmejoramiento de las condiciones salariales preexistentes; b) incluir en la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad; a) calcular la asignación de retiro de conformidad al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De conformidad al Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro deberá liquidarse teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico incrementado en un 60% y a ese resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Aunado a lo anterior, la autoridad judicial en mención, en virtud del derecho a la igualdad del demandante frente a los demás retirados de la Fuerza Pública, concluyó que había lugar a ordenar la inclusión de la prima de navidad como partida computable en una doceava parte.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Las partes intervinientes, al estar inconformes con algunos puntos de la decisión de primera instancia, interpusieron recurso de apelación, el cual sustentaron, así:

- **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** - (fs. 116 a 122) Mediante escrito de 21 de mayo de 2019, adujo que, de conformidad a la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra la prima de navidad dentro de las partidas computables para la asignación de retiro. Así mismo, dicha partida no fue contemplada en el Decreto 4433 de 2004. Por lo que no le corresponde a la Caja de Retiro

efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, que sean diferentes a lo contemplado en la norma. No se debe perder de vista que los soldados tienen su regulación especial.

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 más el 38.5% de la prima de antigüedad. Por tanto, solicitó revocar la sentencia del 7 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot.

- **Parte demandante.** – (fs. 123 a 138) Indicó que es incorrecta la interpretación que dio el juez de primera instancia respecto a la manera que se debe aplicar el porcentaje de la partida de prima de antigüedad, toda vez que, no es al 70% del salario sumarle el 38.5%, sino al 100% de la asignación básica, tal como lo indica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos por las partes intervinientes en el proceso fueron concedidos en diligencia de conciliación mediante auto de 10 de julio de 2019 (f. 142) y admitidos por esta Corporación en auto de 16 de septiembre de 2019 (f. 147); 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 14 de enero de 2020 (f. 150), 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 153¹ de la Ley 1437 de 2011 esta

¹ «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

Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problema jurídico. - A la Sala corresponde determinar si al señor José Norvey en condición de soldado® le asiste razón jurídica o no para solicitar i) la reliquidación del 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad y ii) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

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 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, toda vez que la prima de antigüedad del 38.5%, se debe calcular 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: $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$. Y no se podrá acceder a la prima de navidad solicitada toda vez que no se estipuló como partida computable en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, para que forme parte del ingreso base de liquidación en la asignación de retiro de los soldados.

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.²

como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

² Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.

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 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 2000³, 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 régimen⁴.

En esos términos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁵ 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 2003⁶ se consagró

³ 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.

⁴ Parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1794 de 2000.

⁵ 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.

⁶ Por medio del cual se reformó el régimen pensional de las Fuerzas Militares.

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 13.2.1⁷, 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.

⁷ 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 2004⁸, 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.

⁸ 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.

Prima de antigüedad para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales. –

En lo que aquí interesa nos referiremos a la prima de antigüedad, para lo cual traemos a colación lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que establece que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio tienen derecho, a partir de que terminen los tres meses de alta, a percibir una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la suma sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto, ha de precisarse que han existido diversas interpretaciones de la norma de la referencia, comoquiera que en algunas oportunidades se ha considerado que la asignación de retiro de los soldados profesionales corresponde al 70% de la suma del salario y la prima de antigüedad $((\text{salario} + \text{prima de antigüedad}) \times 70\%)$ y, por otro lado, que el 70% solo debe aplicársele al salario y no a la prima de antigüedad $((\text{salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad})$.

En ese sentido, el Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, zanjó la discusión suscitada al respecto, para lo cual en primer lugar aclaró que el salario mensual de los soldados profesionales está compuesto por el salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% para aquellos que se vincularon directamente como profesionales; y 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 profesionales.

Y, en segundo lugar, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo precisó que al revisarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe adoptarse la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso concreto sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Por ende, debe entenderse que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe calcularse con la siguiente formula: $(\text{salario mensual} \times 70\%) + (\text{prima de antigüedad})$.

Lo anterior, con la aclaración de que la prima de antigüedad corresponde al 38.5%⁹ del 100% de la asignación salarial mensual que perciba el soldado al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro $((\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%)) = \text{asignación de retiro}$. Posición que será adoptada por esta Sala para efectos de dirimir asuntos de esta naturaleza.

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

⁹ Porcentaje que resulta aplicable de conformidad con el numeral 18.3.7 del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que determina 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.

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.

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 21 de febrero 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 por (i) indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 *ibidem* y en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000; (ii) falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo

del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, ya que se toma el salario solo con un 40%, cuando la norma señala que para los soldados que a 21 de diciembre de 2000 ostentaban esa calidad de voluntarios, corresponde a un incremento del 60%; y (iii) violación del derecho a la igualdad al desconocer como partida computable, la doceava parte de la prima de navidad (fs. 2 a 4).

b) Oficio 211 consecutivo 2017-10689 del 6 de marzo 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 factores que no se encuentren previstos en la ley. Para el efecto, explicó que la liquidación de la asignación de retiro del demandante se realizó teniendo en cuenta la hoja de servicios del militar (fs. 5 y 6).

c) Hoja de servicios, donde se observa que el soldado® José Norvey Cárdenas, ingresó a la institución como soldado regular el 30 de julio de 1995, que en la última nómina (diciembre de 2015) devengó sueldo, prima de antigüedad y seguro de vida subsidiado. Así mismo, se evidencia que prestó sus servicios durante 20 años, 7 meses y 15 días (fs. 8 y vto.)

d) Resolución 1651 del 8 de marzo de 2016, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) reconoció a favor del soldado profesional® José Norvey Cárdenas una asignación de retiro, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso primero de artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 9 y 10).

e) Certificación del 24 de febrero de 2017, expedida por el responsable del área de atención al usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, donde consta que al militar se le reconoció una asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables, así: (f. 11).

Sueldo	SMLMV + 40%	\$1.032.804.00
Porcentaje de liquidación		70%
subtotal		\$722.963.00
Prima de antigüedad	(SB*70%*38.5%)	\$278.341.00
Total asignación retiro		\$1.001.304.00

f) Resolución 2909 del 18 de enero de 2018, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de la Fuerzas Militares, por medio de la cual «se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la Asignación de Retiro del señor Soldado Profesional® del Ejército JOSE NORVEY CÁRDENAS», en la cual se resolvió: (fs. 17 y 18):

«[...]

ARTÍCULO 1º Ordenar el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable de la Asignación de Retiro del señor Soldado Profesional® del Ejército JOSE NORVEY CÁRDENAS, identificado con Cédula de Ciudadanía No 93.400.650 de Ibagué, con cargos al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 30 de marzo de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 2º. Ordenar que el pago de los valores y/o dineros por concepto de reajuste de la partida de sueldo básico dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional® del Ejército JOSE NORVEY CÁRDENAS de que trata el artículo primero de [este] acto administrativo, se efectúe por el rubro de asignaciones de retiro.

[...]».

Caso concreto.- El señor José Norvey 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 por (a) indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 *ibidem* y en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000; (b) falta de aplicación de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, comoquiera que la accionada tomó el salario mínimo legal mensual vigente incrementado solo en el 40%, cuando corresponde en un 60%; y (c) por dejar de incluir la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro.

Al respecto, el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot mediante sentencia del 7 de mayo de 2019 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que la asignación de retiro del demandante debió liquidarse teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico incrementado en un 60% y la doceava parte de la prima de navidad. Al resultado adicionar el 38.50% de la prima de antigüedad devengada en

actividad.

Se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) interpuso recurso de apelación, para lo cual argumentó 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 más el 38.5% de la prima de antigüedad.

A su turno, la parte demandante también elevó recurso de alzada, donde indicó que la base sobre la cual se debe establecer el 38.5% de la prima de antigüedad de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no hizo parte de las pretensiones de la demanda, por lo que solicitó que se modifique la forma en que se liquidó la prima de antigüedad y que se confirme en lo demás la sentencia de primera instancia.

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 sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985 y el art. 1º 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, en principio se podría decir que la entidad demandada incumplió con el reconocimiento de un 20% del 60% adicional que debía otorgar.

No obstante, y como bien lo advierte el *a quo*, en el expediente obra Resolución 2909 del 18 de enero de 2018¹⁰ (f. 77), donde el Ministerio de Defensa Nacional ordenó el incremento

¹⁰ Es de resaltar que este documento es de fecha posterior 18 de enero de 2018) a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho elevada por el señor José Norvey Cárdenas el 17 de noviembre de 2017 (f. 41).

del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación básica de retiro del soldado profesional® José Norvey Cárdenas, documento que no controvierte ninguna de las partes y tampoco fue objeto en el recurso de apelación, por lo que se entiende que el reajuste en este aspecto se realizó.

Por otra parte, 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%.

En este punto se resalta que, aunque la decisión de primera instancia argumentó que no se había liquidado de forma correcta la prima de antigüedad en la asignación de retiro, al momento de dar la orden, incurrió en una imprecisión al afirmar que: al 70% del sueldo básico + la doceava parte de la prima de navidad a este resultado se le debía adicionar el 38.50%. Pues como ya se indicó la prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% de la asignación salarial. Razón por la que se modificará este punto.

En efecto, se observa que de la certificación proferida por la entidad que obra a folio 11 donde se indica de forma depurada las partidas y porcentajes que se tuvieron en cuenta para calcular la asignación de retiro del señor José Norvey Cárdenas se desprende que en el caso concreto 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 particular¹¹ *«(salario incrementado en el 60% x 70%) + (salario incrementado en el 60% x 38.5%) = Asignación de Retiro»*.

¹¹ Se debe tener en cuenta que mediante Resolución 2909 de 18 de enero de 2018 la entidad ordenó el reajuste del sueldo básico del actor en un 20%, si el reajuste ya se realizó se debe continuar aplicando.

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. Motivo por el cual se debe negar la inclusión de esta partida en la asignación de retiro modificando en este punto la decisión del juez de primera instancia.

Así las cosas, la Sala **modificará** la decisión de primera instancia, en el numeral tercero y cuarto, el cual quedarán así:

*«**TERCERO.- Declarar la nulidad parcial** del Oficio 2017-10689 del 6 de marzo de 2017, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.*

***CUARTO.-** Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ordenar** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional® José Norvey Cárdenas, identificado con cédula de ciudadanía 93.400.650, 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% y **negar** la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas en la parte motiva de 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 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 siete (07) de mayo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Segundo (2.º) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor José Norvey Cárdenas contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), en los numerales tercero y cuarto, los cuales quedarán así:

*«**TERCERO. - Declarar la nulidad parcial** del Oficio 2017-10689 del 6 de marzo de 2017, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.*

***CUARTO.-** Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ordenar** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la asignación de retiro del soldado profesional® José Norvey Cárdenas, identificado con cédula de ciudadanía 93.400.650, 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%, toda vez que la entidad aplicó de forma incorrecta la fórmula dispuesta para ello y **negar** la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia»*

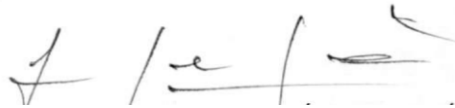
Segundo- Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme a la motiva.

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 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 Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501420170046601
Demandante : **Rosa Inés Hoyos Cuervo**
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. 87 a 91) contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 81 a 85).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 30 a 40) La señora Rosa Inés Hoyos Cuervo, 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, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones i) 3374 del 3 de mayo de 2017 que negó el ajuste de su pensión jubilación y ii) 6496 del 5 de septiembre de 2017 que resolvió un recurso de reposición.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a (i) revisar y reajustar la pensión jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados el año anterior al retiro del servicio; ii) reintegro de los

valores descontados en exceso para salud en mesadas adicionales desde que se causó la pensión hasta la sentencia; iii) suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre la mesada pensional adicional de diciembre a partir de la sentencia; iv) reconocer y pagar el reajuste que se cause por los conceptos referidos; v) reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de reliquidación pensión; y vi) se condene en costas a la entidad demandada.

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

Nació el 3 de enero de 1951 y cotizó al Instituto de los Seguros Sociales, al Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI- Oficina de Obligaciones Pensionales Secretaria de Hacienda Distrital y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio entre el 3 de enero de 1974 y el 17 de mayo de 2016.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 1012 del 15 de febrero de 2008 le reconoció a una pensión de jubilación por aportes.

Mediante Resolución 3467 del 8 de abril de 2016, fue retirada del servicio docente, a partir del 17 de mayo de 2016.

El 26 de julio de 2016 solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reajustar su pensión de jubilación, toda vez que para liquidar la misma no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados el año anterior al retiro definitivo del servicio y a su vez la devolución de los descuentos en salud.

A través de la Resolución 6493 del 5 de septiembre de 2017, se resolvió la anterior petición, en el sentido de negar el ajuste a la pensión, contra ese acto interpuso recurso de reposición el cual fue decidido de manera desfavorable en la Resolución 3374 del 3 de mayo de 2017.

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.

Expuso que tiene derecho a una reliquidación de la pensión de jubilación regida por la Ley 71 de 1988, la cual ordena su reconocimiento, en una suma equivalente al setenta y cinco por ciento (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, este derecho se constituye genéricamente en un bien, que fue desprotegido en el *sub-lite*, contrariando el mandato del artículo 2 y 25 de la Constitución Política.

Resaltó que en el caso que nos ocupa, se dejó de aplicar lo establecido en la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral primero, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados. Además señaló que se aplicó en forma equivocada la Ley 71 de 1988, que contempla los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación por aportes, que goza de un régimen especial y que es más favorable al pensionado; por el contrario se aplicaron normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación de la liquidación de la pensión, que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación, no obstante, que la misma ley excluye su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensión, quebrantando el principio constitucional anteriormente transcrito, así como el consagrado en el artículo 228 de la Carta Magna, donde se establece el derecho sustancial prima sobre el derecho formal.

Contestación de la demanda. – Las entidades accionadas no contestaron la demanda, pese haber quedado debidamente notificadas (folios 47 y 48).

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 1 de marzo de 2019 (fs. 81 a 85) negó las pretensiones de la demanda al concluir que la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo no tiene derecho a la reliquidación en los términos solicitados en la demanda, puesto que los factores sobre los cuales cotizó al sistema se encuentran incluidos en la pensión reconocida mediante Resolución 1012 del 15 de febrero de 2008, reliquidada por orden judicial con la Resolución 3878 del 2 de agosto de 2013.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación (fs. 87 a 91), en el sentido de discutir que la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, derogó la sentencia del 4 de agosto de 2010, para los beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 y a su vez precisó, que esta no es de aplicación para los docentes vinculados al magisterio Oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Explicó que fue vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 15 numeral primero de la Ley 91 de 1989, se le debe reconocer y liquidar la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio mensual de los factores salariales del último año.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante providencia del 29 de marzo de 2019 (f. 93) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 19 de julio de 2019 (fl. 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.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 18 de diciembre de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (fl. 107). Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante.

Parte demandante.- (fs. 108 a 110) Insistió en los argumentos narrados en la demanda y en el recurso de apelación y solicitó que se analice este caso, dando aplicación al principio constitucional de favorabilidad, teniendo en cuenta que los pensionados deben verse como personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la aplicación de las normas constitucionales y legales deben ir encaminadas a salvaguardar los derechos fundamentales de estos.

V. CONSIDERACIONES

Competencia. - Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ 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 en esta oportunidad determinar si a la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo le asiste derecho, o no, para reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados, o si los actos acusados continúan gozando de 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 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 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.

¹ «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».

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 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 vigor 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 de la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo, en la que se observa que nació el 3 de enero de 1951 (fl. 29).

b) Resolución 001012 del 15 de febrero de 2008, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor de la docente Rosa Inés Hoyos Cuervo una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.385.069,00 m/cte., efectiva a partir del 4 de enero de 2006. 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. 4 a 7).

c) Resolución 3374 de 3 de mayo de 2017, proferida por la directora de talento humano de la Secretaria de Educación del Distrito, por medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación pensional presentada por la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo (fl.8).

d) Recurso de reposición presentado el 9 de junio de 2017 por la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo, contra la Resolución 3374 del 3 de mayo de 2017, mediante la cual se negó la

reliquidación de la pensión de la demandante (folios 11 y 12).

e) Resolución 6493 de 5 septiembre de 2017, proferida por la directora de talento humano de la Secretaría de Educación Distrital, por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución 3374 de 3 de mayo de 2017 que negó la solicitud de reliquidación pensional presentada por la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo (fl. 13).

f) Solicitud de revisión y ajuste pensional radicada el 25 de agosto de 2009 en la cual la actora solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro de las sumas descontadas por concepto de seguridad social en mesadas adicionales (folios 19 a 21).

g) Formato único para la expedición de certificado de salarios, emitido por la Secretaría de Educación Distrital, del que se desprende que la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo percibió desde el 1º de enero de 2015 hasta el 16 de mayo de 2016 los factores denominados asignación básica, primas especial, servicio, vacaciones y navidad y bonificación decreto (f. 23).

h) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral emitido por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, del que se desprende que la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo fue vinculada a dicho ente como docente en propiedad desde el 31 de marzo de 1989 hasta el 17 de mayo de 2016 (f. 24 y 25).

i) Resolución 3878 de 2 de agosto de 2013, proferida por la directora de talento humano de la Secretaría de Educación Distrital, por medio de la cual, en cumplimiento de un fallo judicial se ajustó el valor de la pensión de jubilación de la demandante, en el sentido de incluir como factores salariales además del ya reconocido, las primas especial, vacaciones y navidad (fs. 1 a 8 anexo 3).

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 i) 3374 del 3 de mayo de 2017 que negó el ajuste de su pensión jubilación y ii) 6496 del 5 de septiembre de 2017 que resolvió un recurso de reposición, 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 001012 del 15 de febrero de 2008 reconoció a favor de la docente Rosa Inés Hoyos Cuervo una pensión de jubilación, en cuantía de \$ \$ 1.385.069,00 m/cte., a partir del 4 de enero de 2006, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica para liquidar la misma.

Así mismo, a través de la Resolución 3878 del 2 de agosto de 2018, la cual se emitió en cumplimiento de la sentencia del 16 de marzo de 2012 proferida por el entonces Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Descongestión, se reajustó la pensión de la accionante a fin de incluir en la liquidación de la pensión, además de la asignación básica, las primas especial, vacaciones y navidad.

Ahora, verificado el certificado de salarios que obra a folio 23 del expediente se vislumbra que la docente Rosa Inés Hoyos Cuervo en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2015 hasta el 16 de mayo de 2016 percibió los factores denominados asignación básica, primas especial, servicio, vacaciones y 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 especial, vacaciones y navidad, los cuales fueron devengados en el año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio.

Al respecto, la Sala advierte que la 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 de la 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.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, 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.º de la Ley 62 de 1985.

En esos términos, se vislumbra que la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo 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, primas especial, servicio, vacaciones y 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 a la demandante.

Sobre el particular, se aclara que no se emitirá pronunciamiento alguno en relación con las primas especial, vacaciones y de navidad, las cuales fueron computadas por la entidad accionada al reliquidar la pensión de jubilación de la aquí demandante por orden judicial, 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 de la señora Rosa Inés Hoyos

Cuervo no hay lugar a acceder a la reliquidación pretendida 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, 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 2015², 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

² 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).

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 primero (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Catorce (14) 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 la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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:

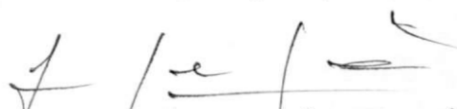
Primero: Confirmar la sentencia del primero (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019) emitida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda instaurada por la señora Rosa Inés Hoyos Cuervo en contra de la Nación - Ministerio de Educación 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 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

LC



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2017-05537-00
Demandante : **Judy Alexandra Sanabria Castro**
Demandado : Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Contrato realidad

La Sala procede 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. - (fs. 91 a 94). La señora Judy Alexandra Sanabria Castro, 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 la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., para que se declare la nulidad del Oficio OJU-E-771-2017 del 02 de mayo de 2017, por medio del cual le fue negada la existencia de una relación laboral y reglamentaria con la accionada y el consecuente reconocimiento de salarios y prestaciones sociales derivadas de dicha relación laboral.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la demandante petitionó se condene a la entidad demandada a: **(i)** declarar la existencia de una relación laboral entre ella y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., quien desde el 08 de abril de 2016 asumió los derechos y obligaciones del Hospital el Tunal III Nivel E.S.E, por orden del Acuerdo 641 de 2016; **(ii)** pagar de forma indexada y actualizada el valor equivalente a todas las prestaciones sociales que percibe un empleado público en esa entidad y que puede ejercer funciones de coordinación en áreas asistenciales de apoyo terapéutico y/o servicios ambulatorios¹ con base en los honorarios pactados en los contratos celebrados;

¹ Prima de servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, reconocimiento por permanencia, cesantías e intereses de cesantías.

(iii) cancelar la compensación de vacaciones en dinero que no fueron disfrutadas ni compensadas teniendo en cuenta los honorarios pactados; (iv) pagar la sanción por falta de pago oportuno de las cesantías e intereses de las mismas; (v) cancelar la indemnización correspondiente por despido sin justa causa y sin mediar comunicación por escrito; (vi) pagar la indemnización moratoria de que trata el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995; (vii) reconocer los aportes a seguridad social (salud, pensiones, ARL, caja de compensación familiar); (viii) pagar los valores por concepto de retenciones e ICA descontados mes a mes en los contratos suscritos. Todo lo anterior teniendo en cuenta los honorarios pactados en los contratos celebrados desde el 22 de septiembre de 2010 hasta el 02 de septiembre de 2016.

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

Laboró por más de 19 años de manera ininterrumpida en el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., desempeñándose en su último cargo como líder de grupo interno de trabajo ambulatorio y apoyo terapéutico, específicamente entre el periodo comprendido entre el 05 de noviembre de 1996 hasta el 20 de septiembre de 2016.

Mediante Resolución 923 del 30 de octubre de 1996 fue nombrada en periodo de prueba por seis (06) meses en el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. para desempeñar el cargo de auxiliar técnico III B, auxiliar de informática en salud, código 5165, en la Sección de Sistemas e Informática Oficina de Planeación.

Por medio de la Resolución 0021 del 28 de enero de 2002 le asignaron funciones para desempeñar el cargo de auxiliar de información en salud, código 509, grado 5 del área de análisis estadístico y epidemiológico de la Oficina de Planeación y Mercadeo, Subgerencia de Apoyo Logístico, Gerencia del Hospital el Tunal III Nivel E.S.E.

Su nombramiento en propiedad finalizó el 20 de septiembre de 2010 y a partir del 22 de ese mismo mes y año empezó a laborar de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios en el mismo Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., en ascenso a un mejor cargo y como líder de servicios ambulatorios y apoyo terapéutico, hasta el 20 de septiembre de 2016, donde finalizó como líder del grupo interno de trabajo para la gestión del área ambulatoria y apoyo terapéutico en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Durante todo el tiempo que trabajó en el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., lo hizo de manera personal y directa. Desde el año 2010 hasta la fecha de retiro recibió una remuneración mensual, fijándose como último valor la suma de \$ 6.748.560 m/cte. Cumplió sus labores de manera continua, en estricta permanencia de sus labores y de los horarios laborales, que comenzaban a las 6:00 am y 7:00 am hasta las 6:00 pm, superando las altas horas de la noche.

Tal como se estableció en los contratos de prestación de servicios, debía coordinar todo el personal que se encontraba en el área ambulatoria y de apoyo terapéutico y, por lo tanto, era una labor que no podía ejercer de manera autónoma, sino que por el contrario requería todo el tiempo de su presencia, lo que implicaba una evidente dependencia al estar sus labores estrechamente ligadas con el área misional de la ESE.

Cada una de las obligaciones establecidas en los contratos se refería a actividades propias y estrechamente ligadas a la misión de la entidad accionada, así como en el contrato 1408 de 2010, donde en la cláusula segunda tenía 21 obligaciones, y en el numeral 1 de la misma se contaban por lo menos 20 adicionales, siendo en total cerca de 60 obligaciones y por su cantidad y volumen es claro que no eran temporales u ocasionales y que tampoco podían desarrollarse en clara autonomía. Asimismo, el numeral 7 de la cláusula segunda del contrato en mención estableció que debía garantizar la disponibilidad de tiempo y dedicación profesional necesaria para cumplir sus obligaciones como contratistas que en concordancia con las actividades propias y misionales de la entidad no le permitían jamás ejercer una labor de manera autónoma, sino por el contrario subordinada, dependiente y permanente. Circunstancia que se replicaron en los contratos celebrados en los años 2011, 2012 y 2013.

De igual manera, en el contrato que celebró con la entidad accionada en el 2014 en el numeral 1.º de la cláusula segunda se relacionaron más de 50 obligaciones, todas idénticas a las que ejerció desde el 2010, las cuales son inherentes a la misión de la entidad. Asimismo, se dispuso para los años 2015 y 2016.

La ejecución de los contratos de prestación de servicios fue de manera continua por más de cinco años, lo cual se encuentra soportado en la certificación emitida por la oficina de contratación de la entidad accionada emitida el 24 de mayo de 2017.

Como líder de servicios ambulatorios recibía órdenes e instrucciones de sus superiores

distintas a la llamada coordinación entre las partes, los permisos para diciembre y semana santa eran concedidos en las mismas circunstancias que los empleados, jefes de oficina asesora y directivos de planta del Hospital el Tunal, hoy fusionado y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

En su criterio se cumplieron todos los elementos de una relación laboral, configurándose así un contrato realidad (primacía de la realidad sobre las formalidades), por lo que considera tener derecho a recibir la totalidad de las prestaciones sociales por su labor desarrollada.

El 02 de septiembre de 2016 sin justificación alguna se le informó verbalmente que no continuaría más en el desarrollo de sus labores, por lo que no es cierto que estuvo vinculada hasta el 30 de agosto de 2016, tal como puede desprenderse de las certificaciones expedidas por la accionada.

El 21 de marzo de 2017 mediante radicado 201703510050762 presentó la respectiva reclamación administrativa ante la entidad demandada. Petición que fue negada el 02 de mayo de 2017 a través del radicado 201703510064911, respuesta que fue notificada al día siguiente.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. - La demandante citó como norma violada por el acto censurado el artículo 53 de la Constitución Política, para lo cual se limitó a citar apartes de la sentencia del 04 de febrero de 2016 emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve, expediente radicado 81001-23-33-000-2012-00020-01, en la cual se desarrolló lo relacionado con la primacía del principio de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales que tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 16 de abril de 2018 (f. 97), en el que se ordenó la notificación personal al representante legal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. – Hospital el Tunal, a la directora general de la Agencia Nacional de Defensa

Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público; asimismo se ordenó dar traslado de la demanda por 30 días².

Contestación de la demanda. – (fs. 114 a 144) La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. se opuso a todas las pretensiones de declaración y condena al discutir que no existió ninguna relación laboral entre la señora Sanabria Castro y esa entidad, para lo cual indicó que no es cierto que la actora hubiera sido ascendida a un cargo mejor, ni a un cargo de líder, además precisó que la demandante no se vinculó desde el 22 de septiembre de 2010 y tampoco ejerció labores o cumplió horario, pues fue contratada por medio de orden de prestación de servicios.

Adujo que las obligaciones adquiridas por la demandante fueron aceptadas por ella y no es cierto que sean más de 50 obligaciones, además contario a lo señalado en la demanda, los contratos tienen una fecha de vencimiento y si bien las obligaciones contraídas por la actora en su contrato de prestación de servicios pertenecen a actividades que desarrolla el hospital, lo cierto es que pueden contratarse personas para labores temporales.

Igualmente, resaltó que la demandante no tuvo supervisores jerárquicos, solo el ejercicio de sus actividades era coordinado por el supervisor del contrato. Puntualizó que la actora nunca fue designada como líder de grupo interno de trabajo o líder de servicios ambulatorios y de apoyo terapéutico, estos son cargos inventados que ni siquiera existen en la planta u organigrama de la entidad.

Manifestó que tanto la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 3.º, como la Ley 100 de 1993 al consagrar su régimen jurídico contractual, señalaron la posibilidad de recurrir al contrato de prestación de servicios cuando la entidad hospitalaria no cuente con el perfil determinado o cuando el número de cargos de la planta de personal sea insuficiente para atender el cumplimiento de su misión.

Finalmente, la entidad formuló como excepciones de fondo las siguientes; (i) caducidad; (ii) falta de agotamiento de la vía gubernativa; (iii) prescripción de la acción laboral; (iv) pago total; (v) inexistencia de la obligación y del derecho; (vi) inexistencia del vínculo laboral; (vii) inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; (viii) cobro de lo no debido; (ix)

² Artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

relación contractual con la actora no era de naturaleza laboral, (x) buena fe; (xi) presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes; (xii) compensación; (xiii) oposición; (xiv) inexistencia de perjuicios; (xv) improcedencia de la indemnización solicitada; (xvi) inexistencia de la obligación e imposibilidad de deducir obligaciones y responsabilidad a la demandada; e (xvii) innominada.

Audiencia inicial.- El 05 de marzo de 2019 se celebró audiencia inicial, en la que, entre otros aspectos: **(i)** se declararon no probadas las excepciones de caducidad, falta de agotamiento del procedimiento administrativo y prescripción de la acción laboral; **(ii)** se fijó el problema jurídico consistente en determinar si entre la señora Sanabria Castro y la entidad accionada existió un vínculo laboral o, si por el contrario, solo hubo la celebración de unos contratos de prestación de servicios; **(iii)** se inició la etapa probatoria, donde se tuvieron como pruebas las obrantes en el expediente y se decretó la recepción de los testimonios solicitados por ambas partes y el interrogatorio de parte solicitado por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (fs. 158 a 162).

Audiencia de pruebas. - Esta diligencia se llevó a cabo el 13 de noviembre de 2019 (fs. 196 a 203), donde se practicaron los testimonios de los señores: **i)** Karen Lorena Cárdenas Reyes; **ii)** Nancy Jazmín Parra Quintero; **iii)** Luz Myriam Díaz Londoño; y **iv)** Luz Mireya del Carmen Leguizamón Barrera; igualmente se practicó el interrogatorio de la señora Judy Alexandra Sanabria Castro; respecto a los demás testimonios la entidad demandada desistió de los mismos. Por último, se ordenó a la accionada aportar copia de la totalidad del expediente administrativo de la demandante.

Alegatos de conclusión. - Después de agotada la etapa probatoria, la cual se declaró terminada mediante auto del 03 de diciembre de 2019 (f. 204), se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito, dentro de los 10 días siguientes. Oportunidad aprovechada por las partes, así:

Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.- (fs. 205 a 209) Solicitó tenerse como pruebas las aportadas con la contestación de la demanda a fin de probar que en realidad existió un contrato de prestación de servicios en las condiciones estipuladas en ellos, además sostuvo que los testigos no manifestaron que la demandante cumpliera horario de trabajo, ni tampoco que estaba sometida a una subordinación, ya que en reiteradas preguntas sobre el asunto los testigos contestaron que no sabían con exactitud el horario, desconocían quien era

su jefe, pues dijeron que creían que era el gerente, algunos testigos como el caso de la señora Luz Myriam Diaz Londoño dijo que veía a la demandante llegar temprano en el *whatsapp*, es decir, que la actora como era coordinadora daba las ordenes por ese medio de *whatsapp* y por correo electrónico como lo afirmaron sus testigos, quienes además señalaron que no saben a qué hora la señora Sanabria Castro terminaba su horario de trabajo, lo que evidencia que ella no cumplía un horario de trabajo.

Puntualizó que los testigos de la actora se contradijeron, ya que unos dijeron que la veían temprano y otros que no, unos dijeron que la actora recibía ordenes, otros que no, al preguntarles acerca de qué clase de órdenes y de qué manera se daban, ellos respondieron que era en los comités que le daban los lineamientos para coordinar las áreas a su cargo, con la precisión de que varios testigos no recordaron las fechas en que prestaron sus servicios junto con la demandante y ellos se encontraban en áreas diferentes.

Solicitó no tener en cuenta los testimonios, los cuales en la audiencia de pruebas fueron tachados por cuanto adelantan demandas en contra de esa entidad y no existe imparcialidad. Adicionalmente, indicó que la misma actora en el interrogatorio señaló que no tenía horario, que ella permanecía en el hospital porque era una persona muy responsable y se veía obligada con ella misma a revisar las ordenes que impartía, así lo confirmó cuando dijo que tuvo que ausentarse por el fallecimiento de su padre y solo avisó para que supieran que ella no estaría a cargo esos días de sus servicios debido al luto que estaba llevando.

Finalmente, resaltó que la misma demandante indicó que antes de la vinculación con el hospital a través del contrato de prestación de servicios, era personal de la planta nombrada con las exigencias de ley, pero ella dice en su interrogatorio que decidió renunciar por voluntad propia porque quería cambiar de cargo. Por lo que queda claro que la relación fue de carácter civil por la suscripción de contratos de prestación de servicios que se rigieron por la Ley 100 de 1993 en lo que concierne a su celebración, ejecución de terminación y liquidación.

Parte demandante. - (fs. 210 a 215) De las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas desatacó que la señora Karen Lorena Cárdenas Reyes informó que de febrero de 2013 a octubre de 2016 la actora era su jefe como líder de apoyo de diagnóstico y terapéutico, que aquella recibía órdenes del gerente y el subgerente administrativo y científico, que tenía a cargo personal del hospital que incluso tenía la supervisión de contratos, que la señora Judy Alexandra cumplía horario de 6:00 am a 5:00 pm aproximadamente, que ella no podía retirarse

del horario laboral pues sus funciones eran imprescindibles, que requería pedir permiso para ausentarse, y que la actora tenía manejo de personal de área de farmacia, de archivo y que existían médicos de planta con funciones iguales o similares a las de ella.

Asimismo, resaltó que la señora Nancy Jazmín Parra Quintero afirmó que conocía a la actora cuando trabajó desde el año 2010 hasta el 2017, que aquellas prestaba apoyo terapéutico y archivo, luego en 2014 y 2015 la demandante ingresaba a las 6:00 am y que estaba disponible permanentemente de domingo a domingo y 24 horas, que solo podía irse cuando ya estuviera todo organizado y si faltaba algún medicamento o insumo en horas de la noche ella debía ir a llevarlo para preservar la vida de los pacientes superando incluso los horarios de salida de los compañeros de planta que era a las 5:00 pm, que recibía órdenes del subgerente científico y gerencia en los comités en los que ambas participaban y que ella no podía ausentarse a voluntad o ejecutar otros contratos o trabajar en otra entidad.

Por otro lado, manifestó que la señora Luz Myriam Díaz, quien trabajó en el Hospital el Tunal desde agosto de 2012 hasta el 2015, afirmó que la conoció como líder de consulta externa, de farmacia, de unidad renal, y dijo que ella recibía órdenes del gerente y el subgerente científico, que existían personas de planta que cumplían labores iguales o similares a las realizadas por la actora y que incluso a ella le aplicaban las directrices de descansos compensados para las fechas especiales como semana santa o fiestas decembrinas.

En cuanto a la tacha de sospecha formulada por la accionada indicó que todos los testigos fueron juramentados y que no existe razón para que ellos hubieran faltado a la verdad, además señaló que lo indicado por la demandante fue coherente con lo declarado por los testigos y, por tanto, se encuentran probados los hechos de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

Competencia. - Conforme a la preceptiva del artículo 152 (numeral 2.º) de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en primera instancia.

Problema jurídico. - Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si entre la señora Judy Alexandra Sanabria Castro y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento

y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo que permaneció vinculada contractualmente con la entidad.

Tesis de la Sala. - En el asunto sometido a estudio se **negarán** las pretensiones de la demanda, por cuanto no se logró demostrar la existencia de los tres elementos que caracterizan una verdadera relación laboral, de acuerdo con lo que pasará a exponerse.

Cuestión previa. - En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de noviembre de 2019, en la cual se recibieron los testimonios solicitados por la parte demandante, la apoderada de la entidad demandada presentó **tacha de los testigos** de conformidad con lo establecido en el artículo 211 del Código General del Proceso, bajo el argumento de que no había imparcialidad en los deponentes, toda vez que los mismos habían iniciado demanda por los mismos hechos.

Respecto a esta petición, es de advertir que si bien es cierto el artículo 211 del Código General del Proceso establece que debe haber una imparcialidad por parte de los testigos para que pueda tenerse como prueba, y que de no ser así, alguna de las partes puede tachar el testimonio y pedir que no sea tenido en cuenta como medio probatorio, también lo es que en el presente caso aunque se ha comprobado que los testigos han iniciado procesos donde solicitan pretensiones similares a las aquí demandadas (contrato realidad) y que estos han declarado en otros procesos, se debe resaltar que **no es procedente acceder a la tacha**, puesto que los testimonios de sus compañeros de trabajo resultan ser una prueba idónea para acreditar la existencia, o no, de un contrato realidad.

Es de resaltar que la inmediación del magistrado asegura que la recepción de los testimonios se haga de la manera más transparente posible y que no se falte a la verdad, de igual manera se destaca que además de las pruebas testimoniales, existen otros elementos probatorios que se tendrán en cuenta a efectos de desarrollar el problema jurídico. Por tanto, la Sala **no accederá a la tacha de testimonios** propuesta por la apoderada de la parte demandada.

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)** hechos probados; **vi)** caso concreto (prescripción); **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.º 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 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 del 12 de noviembre de 2010, con ponencia del magistrado 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 2016³, 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 reiterado⁴ que para que se configure un contrato de trabajo, deben acreditarse 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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (CÓRDOBA).

⁴ 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 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; 1° de marzo de 2018, radicado 76001233300020130040901 (0349-16), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suár3ez Vargas; 20 de septiembre de 2018, radicado 66001233300020160026201 (20462017), Consejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra Vélez.

derecho.

Ahora bien, nos centraremos en dar un leve concepto de cada uno de los elementos exigidos para que se configure una relación de trabajo, a saber: 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 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 [...]»⁵; b). **La subordinación:** sujeción a la orden, mando o dominio de alguien⁶, 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 Estado⁷, 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

⁵ Posición que adoptó el Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 08 de marzo de 2018, radicado 76001-23-33-000-2013-00409-01, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁶ Concepto dado por el diccionario de la lengua española.

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 1.º de marzo de 2018, radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), magistrado ponente Carmelo Perdomo Cuéter; posición respaldada por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 del 02 de septiembre de 2009, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁸.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁹ 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 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 generan 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 Estado⁸, 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

⁸ 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».

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.

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 deben darse 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 indicó⁹:

«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

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 10 de julio de 2014, radicado 2004-00391-01 (0151-13), magistrado ponente Gerardo Arenas Monsalve.

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 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 con 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 de 26 de diciembre de 1968¹⁰ y el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969¹¹.

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 por el Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación, en la que se dispuso: «[...] *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*».

¹⁰ «[...] 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 [...]».

¹¹ «[...] 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 [...]».

Es necesario indicar que al referirnos al lapso que se debe tener en cuenta entre la celebración de un contrato y otro, la norma y la jurisprudencia no han establecido un término fijo. No obstante, esta Sala adopta la posición que aclaró el consejero William Hernández Gómez en el salvamento de voto que realizó a la sentencia de unificación a la cual ya nos hemos referido, al establecer que la continuidad se da cuando entre un contrato y otro no se excede de los **15 días**, esto teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1045 de 1978.

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 servicios¹².

Sobre el tema de la prescripción, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹³, bajo el radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, 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.

3.5 Síntesis de la Sala. [...] respecto de las controversias relacionas 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**

¹² Posición que aplica el Consejo de Estado, Consejo de Estado, ver entre otras en sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

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) Hechos probados. - Se demostró al interior del expediente que la demandante estuvo vinculada con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., entre el 22 de septiembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2016, a través de órdenes de prestación de servicios, así:

Acto	inicio	terminación	Objeto del contrato
OPS 1408	22-sep-10	31-ene-11	Desarrollar actividades como líder funcional servicios ambulatorios con el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar la realización de las

			actividades propias del área de subgerencia científica (fs. 13 a 17).
OPS 596	01-feb-11	31-ene-12	<i>Ibidem</i> (fs. 7 a 12).
OPS 74	01-feb-12	31-dic-12	<i>Ibidem</i> (fs. 3 a 6 y 19 a 22).
OPS 141	01-ene-13	30-sep-13	<i>Ibidem</i> (fs. 23 a 30).
OPS 2465	08-oct-13	07-ene-14	<i>Ibidem</i> (fs. 31 a 34).
OPS 201	08-ene-14	07-mar-15	Desarrollar actividades de profesional especializado para apoyo de las áreas de gestión ambulatoria y área de apoyo terapéutico en el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar actividades la realización de actividades propias del área de subgerencia científica (fs. 35 a 38).
OPS 748	08-mar-15	31-dic-15	<i>Ibidem</i> (CD f. 194)
OPS 339	01-ene-16	31-ago-16	Desarrollar sus actividades como líder de grupo interno de trabajo IV para la gestión del área ambulatoria y apoyo terapéutico en el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar la realización de actividades propias del área de subgerencia atención al usuario (fs. 39 a 44).

a) Certificación laboral expedida el 24 de mayo de 2017 por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que indicó que la señora Judy Alexandra Sanabria Castro mediante la Resolución 923 del 30 de octubre de 1996 fue nombrada en periodo de prueba por el Hospital Tunal III Nivel E.S.E., para desempeñar el cargo de auxiliar de información en salud, código 509, grado 5, área de análisis estadístico y epidemiológico, Oficina de Planeación y Mercadeo, Subgerencia de Apoyo Logístico, Gerencia del Hospital Tunal III Nivel E.S.E., y mediante la Resolución 230 del 20 de septiembre de 2010 se aceptó su renuncia a partir de esa fecha (f. 18).

b) Certificación expedida el 24 de mayo de 2017 por el subgerente corporativo de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que indicó las prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos por los empleados públicos vinculados en el cargo de enfermero, código 243, grado 20 (f. 47).

c) Circular 071 del 10 de noviembre de 2010 dirigida a subgerentes, jefes de oficina y líderes de grupo interno de trabajo y referentes, en la que se autorizó un descanso compensado de conformidad con la distribución que cada uno organice al interior de sus grupos de trabajo (fs. 48 y 49).

d) Circular 009 del 27 de marzo de 2015 dirigida a subgerentes, jefes de oficina asesora, jefes de oficina, líderes de grupo interno de trabajo y servidores públicos en general, en la que

se indicó que se autorizaba la salida al personal administrativo que no labora por el sistema de turnos, para semana santa (f. 50).

e) Circular 048 del 30 de octubre de 2012 dirigida a subgerentes, jefes de oficina y líderes de grupo interno de trabajo, referentes y servidores públicos, en la que se reguló lo concerniente a descansos compensados para fin de año (fs. 51 y 52).

f) Certificación emitida el 24 de mayo de 2017 por la tesorera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que se describen los pagos efectuados a la contratista Judy Alexandra Sanabria Castro entre las vigencias 2010 a 2016 (fs. 53 a 57).

g) Certificado de ICA correspondiente a la señora Judy Alexandra Sanabria Castro por los gravables 2010 a 2016 (fs. 58 a 61).

h) Reclamación del pago de prestaciones sociales y expedición de certificaciones laborales, documentos y pagos realizados, presentada el 21 de marzo de 2017 por la señora Sanabria Castro ante la Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E. (fs. 65 a 68).

i) Oficio OJU-E-771-2017 del 02 de mayo de 2017, por medio del cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. negó a la actora la existencia de una relación laboral con esa entidad y el consecuente reconocimiento de salarios y prestaciones sociales derivadas de dicha relación laboral (fs. 69 a 71).

j) Expediente contractual correspondiente a la señora Judy Alexandra Sanabria Castro (CD f. 184).

k) Testimonio de las señoras i) Karen Lorena Cárdenas Reyes, ii) Nancy Jazmín Parra Quintero, iii) Luz Myriam Díaz Londoño, iv) Luz Mireya del Carmen Leguizamón Barrea (fs. 196 a 203).

l) Interrogatorio practicado a la señora Judy Alexandra Sanabria Castro (fs. 196 a 203)

vi) Caso concreto. - La demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral que, en su sentir, se generó con la prestación del servicio que realizó en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. bajo la modalidad de órdenes de prestación de

servicios, al alegar que se configuraron los elementos que constituyen un vínculo laboral y, como consecuencia, persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones que se derivan de la mencionada relación.

En ese orden de ideas, es necesario establecer si de las pruebas allegadas se logra demostrar la configuración de los tres elementos que constituyen una vinculación laboral, por lo que se entrará a estudiar cada uno de ellos, así:

a) **Prestación personal del servicio.** - Del análisis del acervo probatorio no existe duda alguna respecto a que la prestación del servicio por parte de la señora Judy Alexandra Sanabria Castro fue de manera personal. Sin embargo, ha de precisarse que, en algunas oportunidades, de acuerdo con lo señalado en los testimonios rendidos por las señoras Nancy Jazmín Parra Quintero y Luz Myriam Díaz Londoño (CD f. 196), la aquí demandante impartía directrices a través de *whatsapp* y en las noches dejaba a una persona pendiente de todo.

Lo anterior, conlleva a colegir que si bien, en la gran mayoría la prestación del servicio por parte de la actora fue de manera personal, también lo es que podía realizarlo a través de medios electrónicos o delegar a alguien para estar pendiente de las obligaciones que adquirió con la celebración de los contratos de prestación de servicios que son analizados en el presente asunto, puesto que el objeto de estos consistió en desarrollar actividades como líder en diferentes áreas.

Cabe resaltar que en los contratos de prestación de servicios que celebró la demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., se estipuló que el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. no contaba con el personal suficiente que le permitiera garantizar la prestación de los servicios de salud dentro de los parámetros de oportunidad, eficiencia y eficacia, tanto asistenciales como administrativos y, por ello, se contrataron los servicios profesionales de la señora Sanabria Castro.

Al respecto, se trae a colación la sentencia C-154 de 1997 en la que la Corte Constitucional precisó que en algunas oportunidades los contratos de prestación de servicios versan sobre obligaciones de hacer para la ejecución de labores debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas obligaciones profesionales.

Asimismo, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹⁴ se concluyó que a través del contrato de prestación de servicios **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, siempre que no exista 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, este último elemento será analizado más adelante.

En esos términos, esta Sala precisa que en el caso concreto la prestación personal del servicio por parte de la señora Sanabria Castro no conlleva a concluir que en efecto se configuró una verdadera relación laboral.

b) La remuneración. – Sobre el particular, ha de precisarse que en los contratos de prestación de servicios celebrados entre la señora Sanabria Castro y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. se estipuló un “valor del contrato” con cargo de los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía que percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), lo cual está plenamente demostrado con los soportes allegados por la entidad demandada, entre estos, las cuentas de cobro que obran en el expediente contractual de la demandante en CD a folio 184 del plenario.

c) La Subordinación. - Se destaca que el objeto de los contratos celebrados entre la señora Judy Alexandra Sanabria Castro y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., consistió en desarrollar actividades como líder de diferentes áreas, a saber:

- Líder funcional servicios ambulatorios con el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar la realización de las actividades propias del área de subgerencia científica.
- Apoyo de las áreas de gestión ambulatorio y área de apoyo terapéutico en el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar actividades propias del área de subgerencia científica.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado: 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).

- Líder de grupo interno de trabajo IV para la gestión del área ambulatoria y apoyo terapéutico en el Hospital el Tunal E.S.E. para apoyar la realización de actividades propias del área de subgerencia atención al usuario.

Ahora, revisados los contratos de prestación de servicios se observa que se determinó que la señora Judy Alexandra debía garantizar la disponibilidad de tiempo, dedicación y conocimiento necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como contratista, sin que se hubiera establecido un horario para la ejecución de estas obligaciones, tal como lo confirmó la demandante en el interrogatorio que se le practicó, en el que señaló (CD f. 196):

«[...] en el contrato no se especificó la hora pero sí decía que se garantizara el funcionamiento del área asignada y al tratarse de áreas asistenciales donde se atienden pacientes y el líder debía garantizar que el servicio se prestara, por ejemplo a las 6:00 am y terminaba sobre las 7:00 pm, otros servicios funcionaban las 24 horas los siete días de la semana porque son servicios misionales que no paran nunca de funcionar, también coordinaba servicios como la unidad renal donde se atienden pacientes de domingo a domingo, a quienes se les hacen terapias inter diarias porque si no se mueren, entonces sí bien es cierto no se le decía que debía estar de 7:00 a 5:00, era la permanencia de todos los servicios por la responsabilidad tan grande, porque la atención no para y la atención debe ser de 24 horas, que si no tiene todo bien organizado puede costar la vida de los pacientes [...]»

En ese sentido, se colige que no hubo exigencia en cuanto al cumplimiento de un horario de trabajo y que las obligaciones fueron desarrolladas en los horarios que la misma demandante consideró necesarios en razón a la responsabilidad y complejidad que conllevaba la ejecución de estas.

Adviértase que no puede desconocerse que la subordinación y dependencia constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor. Por ende, el hecho de que la actora acudiera dentro de unos horarios que ella determinaba convenientes, no constituye elemento para afirmar que existiera una relación de sujeción.

Por otro lado, se encuentra que en varios testimonios se adujo que la actora recibía directrices por parte del subgerente científico, así:

Karen Lorena Cárdenas Reyes *«[la actora] recibía órdenes de los superiores quienes era el gerente y los subgerentes tanto administrativo como asistencial o científico».*

Nancy Jazmín Parra Quintero «[la actora] recibía directrices de la parte gerencia y subgerente científico para realizar las actividades que tenían que realizar en el hospital en los comités donde le daban directrices para realizar las actividades».

Luz Myriam Díaz Londoño «la actora recibió directrices en los comités, no recuerdo particularmente ninguna orden, pero por ejemplo debía compensar días de descanso».

Asimismo, la señora Judy Alexandra Sanabria Castro en el interrogatorio que se le practicó, precisó que «de acuerdo con lo ordenado por el gerente y el científico, organizaba todo como contratista porque tenía que cumplir el área»

En esos términos, ha de precisarse que en las órdenes de prestación de servicios objeto de estudio en el presente asunto, se estableció que la supervisión de los contratos estaría a cargo del subgerente científico de acuerdo con las obligaciones planteadas en el estatuto de contratación estatal, quien fue designado para evaluar los servicios prestados por la señora Sanabria Castro.

De manera que, resulta evidente que en el caso concreto lo que se presentó fue una labor coordinada entre contratista y entidad, y no como tal un vínculo de subordinación, puesto que, con los testimonios y el interrogatorio practicado a la demandante, no se logró desvirtuar la facultad de supervisión que el subgerente científico tenía sobre la contratista, y que puede darse perfectamente dentro de una orden de prestación de servicios.

En consecuencia, no son suficientes los elementos de prueba referenciados para demostrar este elemento de la subordinación requerido para la existencia de una relación laboral a contrario de la contractual.

Es de resaltar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se someta a la condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento muchas veces de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación,

toda vez que el contrato de prestación de servicios es una actividad coordinada con el quehacer diario de las entidades, basada en las cláusulas contractuales.¹⁵

vii) Excepciones propuestas por la entidad demanda. – Se declararán probadas las denominadas *«inexistencia del vínculo laboral; inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes.»*, en atención a que no se logró desvirtuar la relación contractual que existió entre la señora Judy Alexandra Sanabria Castro y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Los demás medios exceptivos propuestos por la accionada no son excepciones propiamente dichas, pues corresponden a argumentos de paso que la entidad alegó para demostrar que no existía una verdadera vinculación laboral entre las partes, razón por la que no se resolverán.

viii) Conclusiones de la Sala. –

En el presente asunto, se negará la existencia de una relación laboral entre la señora Judy Alexandra Sanabria Castro y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., puesto que de las pruebas allegadas no se logró demostrar la configuración de los tres elementos que constituyen una vinculación laboral. Siendo necesario precisar la necesidad de acreditar la existencia de los tres elementos de la relación laboral, en especial que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, situación que no se presentó en el *sub lite*.

ix) De 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.»

¹⁵ Ver entre otras, sentencia del 13 de noviembre de 2014, radicación: 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13), magistrado ponente Alfonso Vargas Rincón (E); sentencia del 06 de mayo de 2015, radicación 05001-23-31-000-2002-04865-01, magistrado ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

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 2015¹⁶,

«[...] 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.

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, de acuerdo con lo expuesto.

¹⁶ 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 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 02 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,

FALLA:

Primero. - Declarar probadas las excepciones denominadas *«inexistencia del vínculo laboral; inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes»*.

Segundo. - Negar la tacha de testigos presentada por la apoderada de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto.

Tercero. - Negar las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Judy Alexandra Sanabria Castro en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. - 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.

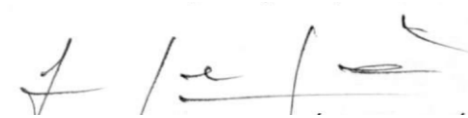
Quinto. - Sin condena en costas.

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 02 del 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 Ortégón Ortégón
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., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307333300320180002401
Demandante : **José Augusto Gómez Nieto**
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. 83 a 85) contra la sentencia del 12 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito de Girardot, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fls.73 a 76).

I. ANTECEDENTES

El medio de control. - (fs. 3 a 7) El señor José Augusto Gómez Nieto, 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 Nro. 0042475 del 25 de julio de 2017, que negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante

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 con la inclusión de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro; ii) reajustar el retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento hasta la inclusión en nómina; iii) pagar

la indexación sobre los valores adeudados; y iv) pagar intereses moratorios

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

Ingresó al Ejército como soldado regular el 12 de noviembre de 1992. A partir del 10 de julio de 1994 fue aceptado como soldado voluntario. Desde el 1 de noviembre de 2003, pasó a ser soldado profesional conforme a los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Laboró hasta el 16 de enero de 2014 estando asignado al Batallón desminado Nro. 60 CORONEL GABINO GUTIERREZ, ubicado en Tolemaida y durante más de 20 años, lo que le permitió disfrutar de la asignación de retiro que le fue reconocida en la Resolución 1494 del 7 de marzo de 2014.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. - El actor citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4ª de 1992, Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; Decreto 4433 de 2004 y 206 a 214 Código Contencioso Administrativo.

Aseveró que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro de la duodécima parte de prima de navidad que devengan los demás miembros de la fuerza pública, oficiales y suboficiales.

Solicitó que se inaplique por inconstitucional la precitada norma y en su lugar se debe incluir la duodécima parte de prima de navidad como partida computable dentro de la asignación de retiro a que tienen derecho los demandantes.

Concluyó que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al vulnerar el derecho a la igualdad de los demandantes frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

Contestación de la demanda. (fs. 46 a 48) 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. Propuso las excepciones de *«inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional»* y *«No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares»*.

Precisó que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, normativa que se encuentra vigente y la cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito de Girardot mediante sentencia del 12 de marzo de 2019 dictada en audiencia inicial (fs. 73 a 76) negó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que no se puede pretender que se inaplique por inconstitucional el artículo 13, numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que no se observa discriminación a los soldados profesionales, máxime cuando los oficiales y suboficiales realizan aportes sobre todas las partidas previstas en el artículo 13 del referido Decreto 4433, incluyendo la prima de navidad, por el contrario los soldados profesionales no, por lo que no se puede predicar un trato desigual al no incluir dicho factor salarial en su asignación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante. - (fs. 83 a 85) Impugnó la decisión de primera instancia con la intención de que se revoque la providencia recurrida, ya que considera que la no inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad es una violación directa al principio de progresividad de los derechos sociales, pues la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad conformado por los tratados suscritos y ratificados por Colombia respecto de la no regresividad

de derechos laborales es una obligación que tiene el Estado con todos los trabajadores colombianos, esto quiere decir, que en vez de realizar una represión en materia laboral lo que tiene que procurar es la progresividad de los derechos laborales, es justo precisar que una vez alcanzado cierto rango de protección no se puede retroceder o desmejorar.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandante fue concedido en diligencia de conciliación mediante auto del 24 de abril de 2019 (f. 87) y admitido por esta Corporación en auto del 19 de julio de 2019 (fl. 96); 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. 98), 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 153¹ 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 Augusto Gómez Nieto 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.

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 que la entidad accionada actuó conforme a derecho al negar la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad

¹ «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 la liquidación de la asignación de retiro del señor Gómez Nieto, ya que esa prima no fue prevista en el Decreto 4433 de 2004 como partida computable para ese efecto.

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 2004², 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.

² 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.

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 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.

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 junio de 2017 por el apoderado judicial del señor José Augusto Gómez Nieto ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el que solicitó el reajuste de una asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad (folios 9 y 10).
- b) Oficio 0042475 del 25 de julio de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través del cual se negó la anterior petición, por cuanto dicha entidad no incluye factores no previstos en la ley (folio 13).
- c) Resolución 1494 del 7 de marzo de 2014 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 Augusto Gómez Nieto, 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 (folios 14 y 15).
- d) Hoja de servicios 3-75143653 del 30 de enero de 2014, en la que se constata que el actor se retiró del servicio por tener derecho a la pensión, al haber laborado durante 21 años, 3 meses y 22 días. (fs. 16 y 17).
- e) Liquidación de la asignación de retiro del señor José Augusto Gómez Nieto, en la que se observa que se incluyó las partidas sueldos básico y prima de antigüedad (folio 19).
- f) Certificado en el que consta que la última unidad en la que laboró el señor José Augusto Gómez Nieto fue el Batallón de Desminado Nro. 60 CR, Gabino Gutiérrez, ubicado en Tolemaida (folio 21).

Caso concreto. - El señor José Augusto Gómez Nieto 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 incluir la prima de navidad como partida computable en dicha prestación económica.

Sobre 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 José Augusto Gómez Nieto no le asiste derecho a la inclusión de esta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, pues no se encuentra descrita en el Decreto 4433 de 2004.

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 proferir 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 doce (12) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito de Girardot, 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 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,

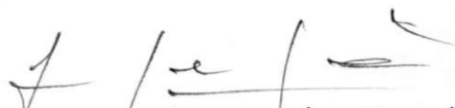
FALLA:

Primero: Confirmar la sentencia del doce (12) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito de Girardot, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso instaurado por el señor José Augusto Gómez Nieto 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 Ortegon Ortegon
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., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-012-2013-00528-01
Demandante : **Horacio Puerta Barrera**
Demandado : Unidad Nacional de Protección, como sucesor procesal del extinguido
Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Contrato realidad

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada (fs. 377 a 380 vto) y demandante (fs. 381 a 400) contra la sentencia del 25 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual accedió a las súplicas de la demanda de la referencia (fs. 361 a 376).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 4 a 29). El señor Horacio Puerta Barrera, 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 la Unidad Nacional de Protección, como sucesor procesal del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), con el fin de que se declare la nulidad del Oficio E-1300,05-201305609 consecutivo 15136 del 5 de abril de 2013, proferido por la jefe de oficina asesora jurídica del DAS, a través del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y en consecuencia las prestaciones que se derivan de esta (fs. 31 a 37).

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 DAS, por el tiempo comprendido entre el 19 de abril de 2002 al 9 de febrero de 2010; (ii) reconocer y pagar los valores de las acreencias salariales y prestaciones sociales dejadas de

pagar en todo el tiempo laborado con la entidad, en igualdad de condiciones a aquellas personas que devengaban los escoltas de planta del DAS; **(iii)** declarar que no existió solución de continuidad en la relación laboral surgida entre las partes; **(iv)** de manera subsidiaria a la pretensión (ii), solicitó se pague a título de indemnización, el equivalente en pesos del valor de todas las prestaciones sociales y salariales; **(v)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 en su inciso final, 192 y 195 del C.C.A.; y **(vi)** pagar las costas y agencias en derecho a su favor.

Fundamentos fácticos.- El demandante como soporte del presente medio de control señaló que:

Fue vinculado al DAS para desempeñar el servicio personal de protección, esto es, como escolta, prestando sus servicios por última vez en la ciudad de Bogotá.

Las labores realizadas fueron idénticas a las llevadas a cabo por los escoltas de planta del DAS, por lo que solicitó que se establezca igualdad respecto de estos.

Su labor la prestó de manera personal y permanentemente, toda vez que jamás envió a otra persona a reemplazarlo durante todo el tiempo en que ejerció el cargo de escolta, servicio por el cual recibió una retribución mensual como contraprestación pagada por el DAS.

Cumplió órdenes directas de los protegidos que le fueron asignados por el DAS en cada ocasión, tal como el cumplimiento de horarios diarios, comoquiera que debía i) recoger al protegido en su residencia o en el lugar donde permaneciera, horario que habitualmente iniciaba a las 4:00 am y finalizaba entre las 9:00 am y las 12:00 pm; ii) realizar diligencias personales del protegido; iii) conducir el vehículo asignado al protegido, cuando esta función no fue contratada; iv) acompañar al protegido fuera de la sede habitual de trabajo; v) presentarse en las instalaciones del DAS como disponible, cuando el protegido salía del país.

Agotó el requisito de procedibilidad para acudir a esta vía judicial con audiencia de conciliación celebrada el 23 de septiembre de 2013, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

Cuando culminó su última relación laboral con la demandada, devengaba mensualmente por sus servicios prestados la suma de \$1'638.000.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- El demandante dentro del escrito demandatorio, citó como normas violadas por el acto demandado el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 16, 25, 29, 42, 53, 93, 122 y 209 de la Constitución Política; 4, 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993; 1 y 2 de la Ley 319 de 1996; 48 de la Ley 734 de 2002; 1, 19 y 21 de la Ley 909 de 2004; 3 del Código Contencioso Administrativo; 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el 1 del Decreto 3074 de 1968; 1, 2, 5, 8 y 56 del Decreto 643 de 2004; Sentencias C-555 de 1994, C-154 de 1997 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional; Sentencias del 17 de abril de 2008, Exp. 2000-00020 (2776-05), C.P. Jaime Moreno García, del 19 de febrero de 2009, Exp. 2000-03449-01 (3047-2005), C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, del 4 de marzo de 2010, Exp. 2003-00015-01 (1413-08) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren del Consejo de Estado.

Manifestó que el DAS y el DAS en supresión, le dieron un alcance que no tiene el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, toda vez que a partir de su expedición establecieron nóminas paralelas en sus plantas de personal, contratando a personas naturales, no para el ejercicio de funciones de carácter temporal, sino para la ejecución de funciones permanentes, vulnerando las condiciones dignas y justas del trabajador, evadiendo el pago de salarios y prestaciones sociales.

Expresó que, el DAS escondió la realidad laboral dentro de ilegibles contratos de prestación de servicios, no queriendo ver que todos los años en que el demandante fungió como escolta a su servicio, estructura el típico caso del ejercicio de funciones de carácter permanente y no temporal.

Indicó que el acto administrativo es anulable, toda vez que, al observar el contenido del mismo, se evidencia que en él se plasmaron unas consideraciones que son ilegales o no corresponden a lo que es una motivación real y legal.

Contestación de la demanda.- (fs. 274 a 305) **La Fiduprevisora S.A.** como vocera del

Patrimonio Autónomo – PAP Fiduprevisora S.A., Defensa Jurídica del Extinto DAS y su Fondo Rotatorio, contestó la demanda indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que el oficio expedido por el extinguido DAS se ajusta al ordenamiento jurídico y constitucional.

Dijo que el DAS estaba facultado para poder cumplir con su misión y visión, siempre que no hubiera personal de planta para desarrollar las tareas constitucional y legalmente asignadas, a realizar la contratación que considerara necesaria bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, lo cual ocurrió en este caso con el demandante.

Adujo que los temas asociados con el programa de protección y los asuntos que de ellos se deriven, están a cargo por disposición legal de la Unidad Nacional de Protección (UNP), por lo que manifiesta que se configura la falta de legitimación por pasiva de la entidad que representa.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«el contrato como fuente de las obligaciones es ley para las partes»*, *«buena fe»*, *«cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida»*, *«inexistencia de relación laboral»*, *«prescripción trienal»*, *«prescripción de los derechos laborales reclamados»*, *«compensación»*, *«genérica e innominada»*.

La **Unidad Nacional de Protección (UNP)** (fs. 309 a 318 vto), contestó la demanda sosteniendo que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad puesto que la supresión del DAS y la creación de la UNP, se efectuaron en decretos separados, concluyendo que la extinción de una y el nacimiento de la otra, no implicó una subrogación total, ni mucho menos la absorción, sustitución o fusión de estas, por lo que ello no se estipuló.

Indicó que si bien es cierto, a la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección fueron incorporados varios escoltas provenientes del DAS, también lo es que a las demás entidades receptoras se incorporaron también escoltas, tal como lo dispuso el Decreto 4070 de 2011.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó *«falta de legitimación en la causa por pasiva»*, *«imposibilidad de imputar el hecho dañoso a la Unidad Nacional de Protección (inexistencia nexo causal)»*, *«falta de legitimación material en la causa por pasiva»*, *«falta de causa para pedir»*, *«prescripción de los derechos reclamados»* e *«inexistencia de la obligación / inexistencia de causa jurídica para demandar / falta de interés jurídico para obrar»*.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada en audiencia inicial el 25 de mayo de 2018 (fs. 361 a 376), accedió a las pretensiones de la demanda, al colegir que el señor Horacio Puerta Barrera estuvo vinculado con el DAS desde el 19 de abril de 2002 al 9 de febrero de 2010.

Advirtió que el PAP Fiduprevisora, asume la representación de aquellos procesos que no guarden relación con las funciones trasladadas a entidades receptoras, o que carezcan de autoridad responsable, es decir, tiene una competencia residual y secundaria, que no aplica al asunto bajo estudio. Para finalmente, establecer que la UNP es la parte pasiva en la presente litis y que la Fiduprevisora debe ser desvinculada del presente proceso.

Adujo que es evidente que la entidad demandada, contrariando la prohibición establecida en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 6 del Decreto 1950 de 1973, otorgó funciones públicas permanentes mediante un contrato de prestación de servicios, pues el objeto estipulado en dichos convenios, guarda identidad con el objeto de la oficina de Protección Especial del DAS.

Sostuvo que en desarrollo del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, una vez establecido que el actor desempeñó labores idénticas a las de un servidor público, esto es, agente escolta, en aras de salvaguardar intereses superiores como la equidad y la justicia, declaró el derecho del demandante, a que por el tiempo laborado, previa determinación de la prescripción, se le reconozca y pague, las prestaciones sociales a que tenía derecho teniendo en cuenta como base para liquidarlas el valor de los honorarios pactados.

Precisó que realizó desde el 19 de abril de 2002 al 9 de febrero de 2010, aportes al Sistema General de Pensiones y de Salud, sobre los honorarios recibidos, por lo que ordenó que la demandada procediera a liquidar, de conformidad con la Ley 100 de 1993, las cotizaciones al Sistema General de Pensiones que estaban a su cargo como entidad empleadora y que debió realizar el correspondiente pago de la suma liquidada al Fondo de Pensiones al que esté afiliado el demandante.

Consideró que tiene razón la UNP al manifestar que los ingresos anuales por honorarios de contratista son superiores a los de un escolta vinculado por la entidad, por lo que debe entenderse compensado lo que le pudiera corresponder al actor por concepto de prestaciones sociales con el mayor valor recibido.

En cuanto a la prescripción, destacó que teniendo en cuenta que la petición se radicó el 8 de febrero de 2013, se declarará que los derechos anteriores al 8 de febrero de 2010 se encuentran prescritos. Condenó en costas y agencias en derecho.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandada.- (fs. 377 a 380 vto) Interpuso recurso de apelación en el cual argumentó que la UNP no debe entrar a responder por las obligaciones dejadas de pagar por el DAS, por cuanto no recibió la función de asumir las cargas administrativas laborales del DAS; toda vez que la única carga administrativa laboral que recibió fue la de la incorporación de personal, lo que significa que la UNP no asumió otras cargas administrativas laborales diferentes a la expuesta.

Agregó que la UNP no fue la que emitió el acto administrativo demandado, y como entidad administrativa, no tiene funciones otorgadas por la Constitución, la ley o el reglamento de atender las obligaciones pendientes del DAS.

En cuanto a la subordinación, manifestó que el hecho de que el DAS facilitara el desarrollo de la labor del escolta-contratista, correspondía más a la órbita de una coordinación de actividades contractuales, que al sometimiento subordinado del contratista a la entidad demandada (DAS).

Destacó que no es equitativo, que al servidor público se le exija un periodo de tres (3) años, para la reclamación de los derechos derivados de su relación laboral, mientras que quien ha estado vinculado por contrato de prestación de servicios u otra forma contractual verbal o escrita, pese a corresponder a una relación laboral, goce de un término de prescripción mayor, con el pretexto de que no hay un referente de término de prescripción en la vía gubernativa.

Parte demandante.- (fs. 381 a 400) Manifestó que el motivo de su inconformidad se da respecto de la prescripción, toda vez que por haberse formulado la reclamación administrativa antes de los 3 años siguientes a la finalización definitiva del vínculo contractual encubierto y, por haberse incoado el medio de control oportunamente, la figura de la prescripción no es procedente, además que, si bien existió un periodo de tiempo de 2 meses de interrupción de los servicios, en la realidad prevalente ese lapso no genera solución de continuidad, esto último, a pesar que el juez de primera instancia no plasmó motivaciones al respecto.

Señaló que el reconocimiento de la relación laboral solo puede pretenderse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual, que el último contrato terminó el 29 de abril de 2010, la reclamación se formuló el 8 de febrero de 2013, es decir, antes de los 3 años desde la terminación y, cuando hay varios contratos de prestación de servicios con interrupciones, la prescripción se analiza a partir de sus fechas de finalización.

Finalmente, solicitó se modifique los ordinales segundo y cuarto contenidos en la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de no aplicar prescripción alguna por las consideraciones planteadas anteriormente.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos de apelación interpuestos por ambas partes fueron concedidos en audiencia de conciliación celebrada el 31 de julio de 2018 (fs. 407 y 407 vto) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 23 de noviembre de 2018 (f. 412), 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 5 de febrero de 2019 (f. 414), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada únicamente por la parte demandada.

Parte demandada.- (fs. 415 a 417 vto) 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 153¹ 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 el señor Horacio Puerta Barrera y la Unidad Nacional de Protección (UNP), existió un vínculo laboral (contrato realidad) durante el periodo que el actor laboró con dicho ente; 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 que duró la vinculación, las cuales se generaron como consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes entre el 19 de abril de 2002 al 9 de febrero de 2010, observando los reajustes año por año, sin que se entienda que existió solución de continuidad, indexando las sumas reconocidas, y finalmente, iii) si en el presente caso existe legitimación en la causa por pasiva de la Unidad Nacional de Protección (UNP) como sucesor procesal del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

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 el sentido de i) 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 **1º de diciembre de 2006**, en virtud del Contrato N° 515 de 2006 hasta

¹ «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 culminó el vínculo contractual, en virtud del Contrato 279 de 2009 que terminó el 31 de marzo de 2010, ya que se demostró que existió continuidad en la labor realizada; ii) precisar que los aportes pensionales se deben tener en cuenta desde el 12 de agosto de 2003, fecha en que inició el primer vínculo por prestación de orden de servicios entre las dos partes, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones y iii) manifestar que en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de prescripción trienal, 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)** de la legitimación en la causa por pasiva de la Unidad Nacional de Protección, como sucesor procesal del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en el caso concreto; **ix)** conclusiones de la Sala; y **x)** 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 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

2016², 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 ocasiones³ 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 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 [...]»*⁴; b). **La subordinación**, sujeción a la orden, mando o dominio

² 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)

³ 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.

⁴ 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.

de alguien⁵, 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 Estado⁶, 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 servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y

⁵ Concepto dado por el diccionario de la lengua española.

⁶ 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.

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 Estado⁷, 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.

⁷ 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 indicó⁸:

«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».

⁸ 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.

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 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 1968⁹ y el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969¹⁰.

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 Estado¹¹, 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*

⁹ «[...] 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 [...]».

¹⁰ «[...] 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 [...]».

¹¹ 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.

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:

«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 2016¹², el Consejo de Estado se pronunció así:

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

«[...]

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.

3.5 Síntesis de la Sala. [...] respecto de las controversias relacionas 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, tenemos:

a) Derecho de petición radicado ante el extinguido DAS el 8 de febrero de 2013, 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. 23 a 30).

b) Oficio E-1300,05-201305609 consecutivo 15136 del 5 de abril de 2013, a través del cual el jefe de la oficina asesora jurídica del extinguido DAS, negó el reconocimiento de prestaciones sociales, por cuanto el contrato de prestación de servicios no genera ninguna relación laboral (fs. 31 a 37).

c) Contratos de prestación de servicios con sus respectivas actas de liquidación, en los que se indica que el objeto del contrato era que el demandante se comprometía para con el DAS a *«brindar protección a las personas que se encuentran amenazadas por la situación de violencia que vive el país, buscando así disminuir los índices de criminalidad en los sectores más vulnerados»*, en las condiciones que determine el contratante, de acuerdo con sus necesidades y programación establecida y que los mismos fueron celebrados entre el señor

Horacio Puerta Barrera y la Unidad Nacional de Protección, entre el 12 de agosto de 2003 y el 4 de octubre de 2010, 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. 39 a 141).

Contratos	Fecha de inicio	Fecha terminación
148 de 2003	12-ago-03	30-nov-03
327 de 2003	01-dic-03	30-abr-04
160 de 2004	01-may-04	31-dic-04
085 de 2005 con prórroga	01-mar-05	30-ago-05
342 de 2005	31-ago-05	28-feb-06
515 de 2006	01-dic-06	30-jun-07
263 de 2007	01-jul-07	30-dic-07
383 de 2007	01-ene-08	30-dic-08
263 de 2008 con prórroga	01-ene-09	28-sep-09
052 de 2009 con prórroga	29-sep-09	17-dic-09
279 de 2009	18-dic-09	31-mar-10

Se evidencia en el cuadro que se trajo como ilustración para estudiar contrato por contrato, que existió interrupción entre las órdenes de servicios 160 de 2004 y 085 de 2005, de 2 meses; y entre las órdenes de servicios 342 de 2005 y 515 de 2006, de 9 meses.

d) Acta y constancia que da cuenta de la celebración de la audiencia extrajudicial de conciliación, llevada a cabo el 23 de septiembre de 2013 en la Procuraduría 56 para Asuntos Administrativos, declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio (fs. 146 y 147).

e) Testimonio de las señoras i) John Jairo Enrique Clavijo, y ii) María Cenelia Serna Ruiz, (fs. 360 a 376 y cd f. 358), donde en lo relacionado al tema, se destaca:

➤ **John Jairo Enrique Clavijo.-** Adujo que es el representante legal de una ONG de Derechos Humanos de la Corporación Sembrar de cuyo esquema de seguridad hizo parte el demandante, y manifestó que el señor Horacio «[...] fue contratado como escolta de confianza

de la Corporación Sembrar para la protección del equipo de trabajo de la Corporación Sembrar, ese era un esquema que era colectivo, el no protegía una sola persona sino éramos varias personas, él inicialmente empezó con dos personas más, el equipo estaba conformado por tres escoltas, había un vehículo blindado, y ellos portaban chaleco antibalas y medios de comunicación, en este caso avanteles y la función de él era brindarle la seguridad al equipo de la Corporación Sembrar [...] el esquema era asignado a la corporación, y nosotros de acuerdo al trabajo que desarrollábamos éramos quienes definíamos si él estaba en el carro, con qué persona estaba, si era estar en oficina, pendiente de quiénes estábamos [...] las instrucciones que le daban era el horario, no un horario establecido sino que una vez terminada la jornada la labor, ellos debían presentarse allá, entregar el armamento y al día siguiente volver a escoger el armamento, porque nosotros definíamos la actividades que debían cumplir dentro del esquema de protección del equipo [...] siempre portaba un distintivo como escolta del DAS [...] a motu proprio no podía designar un reemplazo [...] cumplía una jornada laboral casi siempre de más de ocho horas, yo diría que nunca fue menos de 8 horas, pues era un esquema colectivo, era un grupo grande y los horarios eran desde muy temprano hasta muy tarde porque estaban en la oficina prestando seguridad o en los vehículos transportándola [...] el escolta debía conducir [...] constantemente nosotros solicitamos desplazamiento por la labor que realizamos, había momentos en que los desplazamientos se hacían con el vehículo, le solicitábamos al DAS la autorización pagaban viáticos, en otros momentos el DAS autorizaba los tiquetes y ellos viajaban con nosotros» [sic].

➤ **María Cenia Serna Ruiz.-** Señaló que es ingeniera agrónoma que labora en la Corporación Sembrar, y adujo que «[...] la Corporación debía enviar una solicitud al DAS para que se autorizara o bien tiquetes aéreos, o bien permiso que se nos permitiera viajar en el carro por tierra, ese era el procedimiento siempre debíamos solicitar una autorización para podernos desplazar [...] ellos tenían asignado un vehículo, chaleco antibala, arma, un teléfono, avantel, eran como los elementos que tenían para prestar el servicio, los cuales eran asignados por el DAS [...] portaba un carnet con lo que se identificaban especialmente cuando salíamos y había un retén policial, o retén militar eran los distintivos con que ellos se identificaban o muchas veces incluso en la misma ciudad [...] como era un esquema colectivo, éramos varios, no había un horario establecido tenía que madrugar o terminar su labor muy tarde, lo que si tenían que hacer después de dejar al último protegido en su residencia tenían que comunicarse al DAS dejar en los parqueaderos del DAS el vehículo y el arma, y al día

siguiente tenían que dirigirse a ese sitio a recoger el vehículo y el armamento, ya en el interior cuadramos los recorridos [...] había situaciones que tenía que estar en el aeropuerto a las 5:00 am dejando a alguien, estaba laborando todo el día, y por la noche, no sé, 8 o 9 de la noche dejándonos, no era lo habitual, no era lo cotidiano pero solía suceder, y en un día normal, era muy posible recoger a la primera persona a las seis de la mañana y al último lo estaba dejando a las 9 de la noche [...]».

vi) Caso concreto.- El 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 Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) 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 escolta.

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 el actor, se debían ejercer de manera permanente y personal, por la necesidad del servicio, debiendo cumplir un horario aproximadamente de 5:00 am a 9:00 pm, requiriéndose de la disponibilidad de tiempo para desarrollar su actividad como escolta, pues por orden del extinguido DAS prestaba el servicio de protección a un grupo de personas pertenecientes a la Corporación Sembrar, en donde entre otros servicios, como primera medida debía recoger en las instalaciones del DAS el vehículo, el armamento y los elementos de comunicación asignados por el DAS, recoger a cada uno de los protegidos en sus residencias, prestarles el servicio de protección durante todo el día, al finalizar el día de labor de los protegidos llevarlos de vuelta hasta sus residencias y volver a las instalaciones del DAS a dejar los elementos dados para la prestación de su servicio.

De la misma manera, cuando los protegidos tenían que viajar, el demandante viajaba con ellos, o en su defecto llevarlos hasta el aeropuerto a cualquier hora, es decir, en el horario que

le fuera indicado por los protegidos, hechos que fueron constatados con los testimonios¹³ rendidos en la audiencia de pruebas, los cuales fueron previamente resumidos.

De las pruebas testimoniales que reposan en el plenario se infiere que el demandante en calidad de **escorta** del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), debía desarrollar sus actividades de manera personal en función de los protegidos de la Corporación Sembrar, además que el cargo que desempeñaba tiene relación directa con el funcionamiento del ente para el cual prestaba sus servicios, pues se encargaba de prestar servicio de protección a personas que se encontraban amenazadas por la situación de violencia del país, realizando todas las actividades y funciones tendientes a proteger la vida e integridad del grupo de protegidos.

De la respuesta que la entidad da a la petición del demandante donde le negó la declaración de la relación laboral (Oficio E-1300,05-201305609 consecutivo 15136 de 5 de abril de 2013), 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 7 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 el demandante no desarrolló funciones temporales, pues estuvo vinculado, se repite, por aproximadamente 7 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 el actor prestaba sus servicios bajo una subordinación constante, pues como se probó con las pruebas testimoniales recepcionadas por el *a quo* en audiencia de pruebas, se recibían las ordenes por parte de los protegidos y del DAS, así: i) el horario en que debían ser recogidos en sus residencias; ii) si debía conducir, debía estar con alguna persona en especial, o debía quedarse en las instalaciones de la Corporación Sembrar; iii) debía presentarse todos los días en las instalaciones del DAS a fin de recoger y dejar los

¹³ Todas las transcripciones fueron tomadas del CD grabado en la audiencia de pruebas de pruebas celebrada el 1º de marzo de 2018.

elementos dados para la prestación de su servicio; iv) portar el carnet que lo acreditaba como escolta del DAS. De la misma manera, el accionante no podía designar a ninguna persona para que los reemplazara en caso de que no pudiera cumplir con el servicio.

En ese orden de ideas, en el *sub-lite* se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, porque el demandante, en su condición de escolta del extinguido DAS, cumplía funciones que no tienen el carácter de temporales, dado que **la vinculación se mantuvo por aproximadamente 7 años**; de igual forma se observa que no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometido a horarios (de 5:00 am a 9:00 pm, aproximadamente, y cuando requerían de sus servicios en otras unidades, se excedía de dicho horario) y sus funciones estaban bajo la coordinación y órdenes de los miembros de la Corporación Sembrar (según se prueba con las pruebas testimoniales, 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.

c) La remuneración.- Por otro lado, aunque en el expediente no obra desprendible bancario de pago, pero si obran actas de liquidación de cada uno de los contratos en los cuales se estipulaban los valores cancelados mensualmente. 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 el contratista, 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, 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 del señor Horacio Puerta Barrera, se dio con el ánimo de emplearlo 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 el 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, finalizó el **31 de marzo de 2010**¹⁴, la solicitud realizada por el actor fue presentada el **8 de febrero de 2013**¹⁵, y la demanda se presentó el **23 de septiembre de 2013**¹⁶, 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 a 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 el tiempo transcurrido entre un contrato y otro, no puede ser mayor a 15 días.

En el presente caso no evidencia que entre los Contratos 515 de 2006 y el 279 de 2009 (último contrato suscrito por las partes) transcurrieron más de 15 días, razón por la que se reconocerá el contrato realidad a partir del **1º de diciembre de 2006 en virtud del Contrato N° 515 de 2006**, toda vez que se evidencia que desde ahí existió continuidad en la labor, pues con los anteriores existieron interrupciones de más de 15 días, lo que interrumpe la secuencia de los mismos.

¹⁴ Según lo indicado en Contrato N° 279 de 2009 (fs. 39 a 45).

¹⁵ Fs. 23 a 30 del cuaderno principal.

¹⁶ Información sustraída del acta individual de reparto f. 212.

Sin embargo es importante precisar que los aportes pensionales se deben tener en cuenta desde el 12 de agosto de 2003, fecha en que inició el primer vínculo por prestación de orden de servicios entre las dos partes, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones.

viii) Sucesor Procesal del DAS

En atención a lo dispuesto en los Decretos 4057 de 2011, 4065 de 2011 y 1303 de 2014, se tendrá como sucesor procesal del DAS a la Unidad Nacional de Protección. En efecto, mediante Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011 se dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, y en el artículo 3.º se estableció que *«Las funciones [...] que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2º, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así: [...] 3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2º del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado [...]»*.

Por su parte, el Decreto 4065 de 2011 en su artículo 3 estableció que *«El objetivo de la Unidad Nacional de Protección (UNP) es articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio de protección a quienes determine el Gobierno Nacional que por virtud de sus actividades, condiciones o situaciones políticas, públicas, sociales, humanitarias, culturales, étnicas, de género, de su calidad de víctima de la violencia, desplazado, activista de derechos humanos, se encuentren en situación de riesgo extraordinario o extremo de sufrir daños contra su vida, integridad, libertad y seguridad personal o en razón al ejercicio de un cargo público u otras actividades que pueden generar riesgo extraordinario, como el liderazgo sindical, de ONG y de grupos de personas desplazadas, y garantizar la oportunidad, eficiencia e idoneidad de las medidas que se otorgan [...]»*.

A su turno, el artículo 9 del Decreto 1303 de 2014, señaló que los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral y contractual, en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio al cierre de la supresión del DAS, serán notificados a las entidades que hayan asumido las funciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal y que si

aquellas no fueron atribuidas a alguna de las entidades de la Rama Ejecutiva, corresponderán a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. De lo anterior, se tendrá a la Unidad Nacional de Protección como sucesor procesal en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso, tal como lo estableció el *a quo*.

ix) Conclusiones de la Sala.- Conforme a lo destacado en precedencia es evidente que la situación del actor 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 modificará sentencia de primera instancia en el sentido de i) indicar 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 **1º de diciembre de 2006**, en virtud del Contrato N° 515 de 2006 hasta que culminó el vínculo contractual, en virtud del Contrato 279 de 2009 que terminó el 31 de marzo de 2010, ya que se demostró que existió continuidad en la labor realizada; ii) precisar que los aportes pensionales se deben tener en cuenta desde el 12 de agosto de 2003, fecha en que inició el primer vínculo por prestación de orden de servicios entre las dos partes, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones y iii) manifestar que en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de prescripción trienal, de conformidad con las consideraciones que se pasan a exponer.

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, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

x) 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 2015¹⁷, 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.

¹⁷ 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.

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:

«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: Modificar la sentencia de 25 de mayo de 2018, expedida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de:

i) 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 **1º de diciembre de 2006**, en virtud del Contrato N° 515 de 2006 hasta que culminó el vínculo contractual, de conformidad con el Contrato 279 de 2009 que terminó el 31 de marzo de 2010, ya que se demostró que existió continuidad en la labor realizada;

ii) precisar que los aportes pensionales se deben tener en cuenta desde el 12 de agosto de 2003, fecha en que inició el primer vínculo por prestación de orden de servicios entre las dos partes, teniendo en cuenta cada una de las interrupciones; y

iii) manifestar que en el presente caso no hay lugar a la declaratoria de prescripción trienal, de conformidad con las razones expuestas.

Segundo: Sin condena en costas en las dos instancias.

Tercero: Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25269-33-33-001-2015-00730-02
Demandante : **Rosemberg Perdomo Montoya**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil)
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reajuste asignación de retiro exsoldado profesional con la inclusión del salario básico y prima de antigüedad

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 174 a 178), contra la sentencia del 27 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 162 a 172).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 14 a 35). El señor Rosemberg Perdomo Montoya, 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 Defensa Nacional – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), con el fin de que se declare la nulidad de los Oficios Nos. 2014-55685 de julio 29 de 2014 y 2014-57676 de agosto 1° de 2014, por medio de los cuales la demandada negó el reajuste de la asignación de retiro solicitado (fs. 4 y 8).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a: i) reliquidar la asignación de retiro sin afectar o tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad; ii) incrementar o reajustar el 20% en la asignación de retiro; y iii) pagar las costas del proceso y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos.- El actor señaló como soporte del presente medio de control los siguientes:

Prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, ingresando como soldado regular.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) mediante Resolución No. 261 del 13 de mayo de 2009, le reconoció asignación de retiro con base en un salario mínimo mensual legal vigente más el 40%.

Solicitó ante la accionada con radicado N° 20140076827 del 29 de julio de 2014, el reajuste de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo mensual legal vigente más el 20% adicional al reconocido.

Cremil a través del Oficio No. 2014-55685 del 29 de julio de 2014, dio respuesta al derecho de petición presentado, en el sentido de negar el reajuste antes mencionado.

Presentó un segundo derecho de petición ante la accionada con radicado N° 20140077425 del 23 de julio de 2014, con la intención de obtener el reajuste de la asignación de retiro del 70% de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad. Petición frente a la cual Cremil dio respuesta de manera negativa por medio del Oficio No. 2014-57676 del 1° de agosto de 2014.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- El demandante citó como normas violadas por los actos demandados los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004; Decretos 1793, 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%, inaplicando 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%.

Contestación a la demanda por Cremil.- (fs. 59 a 63). La entidad demandada, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones denominadas: i) «**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MÁS EL 60%**»; y ii) «**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**».

Aseveró que de acuerdo a lo dispuesto en sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, se puede concluir que en los casos como el que aquí se discute, la entidad que debe estar vinculada es la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, sin que deba estar vinculada Cremil.

Adicionalmente, adujo que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, el 27 de junio de 2019 (fs. 162 a 172), profirió sentencia en la que se accedió a las súplicas de la demanda, indicando que atendiendo al término de prescripción trienal de que trata el Decreto 4433 de 2004, las diferencias surgidas del reajuste de la asignación de retiro antes del 22 de julio de 2011 se encuentran prescritas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante.- (fs. 174 a 178) Frente a la anterior decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del 27 de junio de 2019, aclarando que su única razón de inconformidad ira en torno al numeral quinto relativa a la

prescripción trienal cuando el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción en temas prestacionales y pensionales del régimen especial de la fuerza pública es cuatrienal.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto por la parte demandante fue concedido en audiencia de conciliación celebrada el 6 de agosto de 2019 (fs. 182 y 183) y admitido por esta Corporación en auto de 19 de septiembre de 2019 (f. 205); 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 17 de enero de 2020 (f. 207), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, vencido el término se tuvo que todos guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ 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 Rosemberg Perdomo Montoya, le asiste derecho, o no, para solicitar que se modifique la prescripción adoptada por el juez de primera instancia, ya que considera que en su caso se debió aplicar la prescripción cuatrienal.

Tesis de la Sala.- En el asunto sometido a estudio se **confirmará** la sentencia de primera instancia en cuanto dio aplicación a la prescripción trienal establecida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con las consideraciones que pasan a estudiarse.

Marco normativo.- La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

¹ «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 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.

Caso concreto.-

Se tiene que en el recurso de apelación la parte demandante argumenta como única inconformidad, el estudio de prescripción resuelta por el juez de primera instancia en cuanto a que se dio aplicación trienal y no cuatrienal, como alega lo ordena la jurisprudencia del Consejo de Estado.

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 2017², que negó la suspensión de la inaplicación del mentado artículo, quedó

² Consejo Estado, auto del 27 de julio de 2017 C.P doctor William Hernández Gómez.

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 2019³, 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 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 continua siendo la prescripción trienal.

³ 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 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.

En ese orden, se **confirmará** la sentencia de primera instancia, por estar conforme a derecho en cuanto a la prescripción aplicada.

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 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:

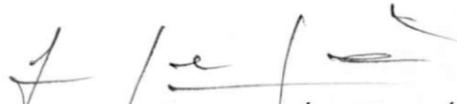
Primero: Confirmar la sentencia de 27 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Rosemberg Perdomo Montoya en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), de conformidad con las razones expuestas.

Segundo: Sin condena en costas, de acuerdo con la considerativa.

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 Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Expediente	:	25000-23-42-000-2017-01141-00
Demandante	:	Gloria Marina Suárez Trujillo
Demandado	:	Procuraduría General de la Nación
Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	:	Terminación vinculación provisional

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. 13 a 53). La señora Gloria Marina Suárez Trujillo, quien actúa por intermedio 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 Procuraduría General de la Nación, con el fin de que **i)** se inapliquen por ilegales las Resoluciones 040 del 20 de enero de 2015 y 345 del 8 de julio de 2016, a través de las cuales se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de los procuradores judiciales de la entidad, y se establece una lista de elegibles, respectivamente; y **ii)** se declare la nulidad del Decreto 3290 del 8 de agosto de 2016, mediante el cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada: (i) reintegrarla en el ejercicio del cargo de procurador 50 judicial II de conciliación administrativa de Bogotá D.C., en las mismas condiciones laborales, salariales y prestacionales que ostentaba antes de su desvinculación; y (ii) pagar los valores correspondientes a los perjuicios materiales e inmateriales (lucro cesante y daño moral), sumas que deben ser indexadas.

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

Estuvo vinculada a la Procuraduría General de la Nación como procurador 50 judicial II penal de Buga.

Por medio de la Resolución 747 del 27 de octubre de 2014, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación ordenó la apertura de la Licitación Pública 8 de 2014, para seleccionar la entidad que iba a prestar sus servicios para realizar la convocatoria del Proceso de Selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales, licitación en la que fue seleccionada la Universidad de Pamplona.

El 20 de enero de 2015 el procurador general de la nación a través de la Resolución 040 da apertura y reglamenta la convocatoria antes mencionada, con el fin de proveer 744 empleos de procurador judicial I y II, teniendo como fecha límite para la inscripción el 20 de febrero de 2015 a las 4:00 pm.

El 20 de abril de 2015 se publicaron las listas de admitidos y no admitidos para participar en el concurso, por lo que el 13 de septiembre de la misma anualidad se llevó a cabo la prueba escrita, la cual se dividía en 2 componentes (prueba de conocimiento y prueba comportamental), el 7 de octubre de 2015 se publicaron los resultados de la prueba de conocimientos y el 4 de noviembre de 2015 las pruebas comportamentales.

Durante el tiempo comprendido entre la elaboración de las pruebas y la publicación de los resultados de las pruebas, se presentaron quejas en las que se alegaba falta de garantías, trampas filtración de respuestas, las cuales eran supuestamente patrocinadas por la Procuraduría, la Universidad de Pamplona y Thomas Greg & Sons, firma contratada para brindar protocolos de seguridad, quejas que fueron resueltas negativamente mediante la Resolución 1440 del 18 de diciembre de 2015.

El 21 de enero de 2016 se publicó el consolidado de las pruebas escritas, estableciendo los puntajes definitivos para elaborar las listas de elegibles, y el 24 de febrero de 2016 se publicaron los resultados del análisis de antecedentes.

El 19 de mayo de 2016, se informó a los aspirantes que en cumplimiento de un fallo de tutela, el contrato celebrado con la Universidad de Pamplona se había suspendido entre el 6 de mayo de 2016 y el 15 de junio de 2016.

El 8 de julio de 2016, la Procuraduría General de la Nación publicó las listas de elegibles para las Convocatorias 01, 02, 03, 05 a 14 de 2015, por medio de las Resoluciones 337 a 349 de la misma fecha, y de la Convocatoria 04 de 2015, por la Resolución 357 del 11 de julio de 2016.

El 8 de agosto de 2016, a través del Decreto 3290 la Procuraduría General de la Nación adoptó la lista de elegibles publicada mediante la Resolución 345, designando a la señora Mónica Ivon Escalante Rueda para ocupar el cargo en el que la señora Gloria Marina se encontraba, esto es, procurador 50 judicial II de conciliación, disponiendo en consecuencia de la cesación del vínculo que esta detentaba con la entidad.

A la fecha de la presentación de la demanda, la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, a través de la cual se convocó al concurso abierto de méritos, se encuentra demandada ante la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. La demandante citó como normas violadas por los actos demandados, los artículos 4, 13, 113, inciso 3º del 125, 279 y 280 de la Constitución Política; 194 y 203 del Decreto 262 de 2000; 20 del Decreto 263 de 2000; 4 y 7 del Decreto 264 de 2000 y la Sentencia C-101 de 2003 del Corte Constitucional.

Para el efecto, sustentó que las normas citadas fueron desconocidas por la accionada, puesto que los procuradores I y II deben tener las mismas calidades de los jueces y magistrados ante quienes ejercen sus funciones, por lo que el concurso que se debe aplicar a una u otra entidad debe ser el mismo.

Estimó que no porque los procuradores I y II estén bajo la dirección del procurador general de la nación, tienen la posibilidad de ejercer esa función esencial del Ministerio Público habiendo accedido al cargo, por carrera, bajo estándares de calidad inferior o diferente de los establecidos para los funcionarios judiciales ante quienes ejercen las funciones.

Sostuvo que no puede aplicarse integralmente a los procuradores judiciales I y II un reglamento, como lo es el Decreto 262 de 2000, que se encuentra enfocado a funcionarios totalmente distintos, y que se concibe con otra lógica, que no garantiza la autonomía e independencia de los nuevos procuradores judiciales I y II sino tan solo que no sean escogidos de forma discrecional y con atención a criterios subjetivos, de interés o de afecto. Lo anterior, porque en el concurso realizado por la demandada no se incluye el curso de formación judicial, en el que se desarrolla aún más esta competencia, que para los jueces y magistrados es necesaria al momento de impartir justicia y en el caso de los agentes del Ministerio Público, necesaria para conceptuar de forma imparcial.

Aseguró que los concursos para nombramiento de funcionarios judiciales que realiza la Rama Judicial, de un lado, y la Procuraduría General de la Nación, para la designación de los cargos de procuradores judiciales I y II, de otro lado, son total e injustificadamente desemejantes en sus condiciones generales de selección de elegibles a esos empleos.

Así las cosas, aseveró que el concurso público para el ingreso a la carrera de procuradores judiciales I y II esté viciado de constitucionalidad, pues fue convocado violando la igualdad entre esos cargos y los de jueces y magistrados establecida en el artículo 280 de la Constitución Política y por ende, el Decreto 3290 de 2016, proferido acogiendo la lista de elegibles conformada en dicho concurso, se encuentra contaminado del mismo vicio constitucional.

Agregó que en aplicación al principio del mérito en la función pública, se ha establecido como forma de seleccionar a los funcionarios de carrera de la Rama Judicial, sean jueces, magistrados o fiscales, el sistema de curso-concurso, pues éste desarrolla todos los preceptos inherentes al principio reseñado.

Resaltó que la igualdad en materia laboral existente entre procuradores judiciales I y II, definida desde la misma Constitución, trae aparejada la consecuencia ineludible según la cual a los aspirantes a ingresar a dichos cargos debe aplicárseles el curso-concurso como uno de los instrumentos de evaluación del proceso de designación, y que las condiciones generales del concurso abierto para proveer esos cargos de carrera están sujetas a reserva de ley.

Consideró que el curso-concurso es un medio adecuado para cumplir varios objetivos del concurso de méritos al que se someten los aspirantes a la carrera judicial, esto, gracias a que, como instrumento de selección de personal, busca brindar elementos adicionales al campo específico de la función judicial, con el fin de dotar a los futuros servidores de las herramientas conceptuales y prácticas que demanda el cumplimiento de su misión.

Aseguró que la normatividad referida es expresa e inequívoca al señalar que todo acto administrativo particular, como decisión subjetiva que es, debe ser notificado personalmente al destinatario de sus efectos, y que esa notificación personal es una diligencia en todo rigor, sometida a precisas formalidades cuya inobservancia, de un lado, la invalida y, de otro, impide que la decisión en cuestión produzca efectos legales.

II. TRÁMITE PROCESAL

Revisado el expediente de la referencia, se advierte que la demanda fue admitida a través de auto de 21 de julio de 2017 (f. 56), en el que se ordenó la notificación personal al procurador general de la nación, directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, agente del Ministerio Público y se vinculó a la señora Mónica Ivon Escalante Rueda; así mismo se dispuso dar traslado de la demanda por 30 días.

Contestación de la demanda. (fs. 119 a 141). La Procuraduría General de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos acusados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico, pues fueron expedidos conforme a la Constitución y a la ley, sin que pueda predicarse la existencia de alguna irregularidad que denote la nulidad de la decisión administrativa adoptada por la entidad al desvincular a la demandante.

Manifestó que como es de conocimiento público, la Corte Constitucional en sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, ordenó a la Procuraduría General de la Nación convocar a concurso público, para la provisión en carrera administrativa, todos los empleos de procuradores judicial I y II, sin exclusión, tacita o expresa. Por lo que, en cumplimiento de la mencionada sentencia, se expidió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, que dispuso la apertura del respectivo proceso de selección, a través de catorce (14) convocatorias.

Dijo que es la orden dada por la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación no podía, por ninguna razón, sustraerse a convocar la totalidad de los cargos de procurador judicial, en tanto dicha orden los cobijó a todos.

Estimó que el proceso de selección de los empleados de carrera está regulado por el artículo 194 del Decreto 262 de 2000 y comprende las siguientes etapas: i) convocatoria, ii) reclutamiento, inscripción y lista de admitidos y no admitidos, iii) aplicación de pruebas o instrumentos de selección, iv) conformación de la lista de elegibles, v) periodo de prueba y vi) calificación del periodo de prueba. Por lo que es necesario establecer las condiciones generales de las convocatorias y del proceso de selección de empleados de carrera para ocupar los cargos de los procuradores I y II.

Aseguró que no es cierto que la desvinculación de la demandante se haya realizado irregularmente, ya que la misma participó en igualdad de condiciones, con el resto de aspirantes al cargo de procuradores judiciales II, sin embargo no alcanzó el puntaje mínimo aprobatorio. Así las cosas, la desvinculación del exfuncionario no se produjo por capricho de la entidad, sino que por el contrario obedeció al cumplimiento de la orden imperativa de la Corte Constitucional.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: «*inconstitucionalidad*» y «*genérica e innominada*».

La señora Mónica Ivon Escalante Rueda no contestó la demanda (f. 276).

Audiencia inicial.- (fs. 283 a 288). El 16 de octubre de 2019, se celebró la audiencia prevista en el artículo 180 (numeral 1.º) de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia. En esta diligencia se fijó el litigio consistente en determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos acusados y como consecuencia ordenar el reintegro de la señora Gloria Marina Suarez Trujillo, con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir. Finalmente, en dicha audiencia, previo al agotamiento de todas las etapas previstas en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado de alegatos de conclusión por escrito en atención a que no fue posible constituir Sala de Decisión, oportunidad aprovechada por las partes, así:

Parte demandada.- (fs. 638 a 644) La Procuraduría General de la Nación solicitó negar las pretensiones de la demanda e insistió en que el acto demandado se expidió conforme a derecho y goza de legalidad, además de haber sido emitido por el funcionario competente.

En cuanto al derecho de defensa, es importante tener en cuenta que si bien no se trata de actuaciones que sean susceptibles en estricto sentido de un procedimiento administrativo donde haya cabida a la interposición de recursos, pues muchos de los actos administrativos objeto de debate eran actos de ejecución.

Destacó que las actuaciones de la administración fueron públicas y una vez se fijaron las reglas de la convocatoria, tanto los servidores activos en calidad de agentes del Ministerio Público con intervención judicial como aquellos que para esa época gozaban de la expectativa de ser nombrados, saben que el concurso se llevó a cabo atendiendo todas las previsiones legales y reglamentarias sobre la materia, garantizándose el debido proceso a quienes las decisiones que se profirieron en la materia directa o indirectamente les afectaba.

Respecto a la falsa motivación, adujo que no se configuró en las decisiones que se pretenden sean anuladas, dicho presupuesto se presenta cuando no hay concordancia entre los motivos que se plasman en la decisión que se adopta y lo resuelto, y cuando se genera una desproporción entre la decisión adoptada y los argumentos que dieron origen a lo resuelto.

En lo que atañe a la desviación del poder, insistió en que tampoco hay lugar a ella porque los motivos que dieron origen a la expedición de los actos administrativos no son ajenas a la órbita de sus competencias, ni distintas a lo ordenado por la Sentencia C-101 de 2013. Por lo que la atención de la Procuraduría no fue nada diferente que dar cabal cumplimiento a las normas que regulan los concursos de méritos al interior de éste organismo y atendiendo los criterios que fijó la Corte Constitucional.

Finalmente, en relación a la expedición irregular del acto, aseveró que este no se presenta porque no hubo incumplimiento ni al procedimiento ni a los requisitos que debían tenerse en cuenta para la terminación de la relación laboral de la demandante, que es el hecho que finalmente ha generado el juicio de reproche que aquí se dirime.

Parte demandante.- (fs. 307 a 334) Reiteró lo manifestado en la demanda e insistió entre otras cosas en que no debe existir duda en cuanto a que los procuradores judiciales I y II ostentan las mismas calidades de los jueces o magistrados ante quienes ejercen sus funciones. Por lo que el concurso que se debe aplicar a una u otra entidad debe ser el mismo, garantizando lo dispuesto en el artículo 280 de la Constitución Política.

Consideró que al no incluir el curso de formación judicial dentro de la convocatoria, con el objeto de desarrollar aún más la competencia imprescindible para los jueces y magistrados al momento de impartir justicia, y por lo tanto, igualmente necesaria para los agentes del Ministerio Público a la hora de conceptuar objetivamente, no se están garantizando los derechos que la Corte le extendió a los agentes del ministerio público.

Ministerio Público.- Guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 152 (numeral 2.º) de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en primera instancia.

Problema jurídico. Se contrae a determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos acusados y, como consecuencia de ello, ordenar el reintegro de la señora Gloria Marina Suárez Trujillo al cargo que desempeñaba en la Procuraduría General de la Nación, con el respectivo pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir con ocasión de su desvinculación.

Tesis de la Sala. En el asunto sometido a estudio se negarán las pretensiones de la demanda presentada por la señora Gloria Marina Suárez Trujillo, de conformidad con las consideraciones que pasan a estudiarse.

Estudio normativo. La Sala procede a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución que en derecho corresponda respecto del caso concreto.

Legalidad de las Convocatoria para proveer en carrera administrativa todos los empleos de procurador judicial I y II

La sentencia C-101 de 2013¹ estudió si el artículo 182 del Decreto Ley 262 del 2000², vulneraba o no, el artículo 280 de la Constitución, al clasificar el empleo de Procurador Judicial como de libre nombramiento y remoción, en tanto que el referido canon superior establece, que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma categoría, derecho y remuneración de los jueces, magistrados y fiscales ante los cuales actúan, autoridades judiciales que la Ley 270 de 1996³ consideró que son de carrera.

En ese sentido, al ser de carrera administrativa, el acceso a los cargos de Procurador Judicial, sólo puede producirse por el sistema del mérito, tal como lo establece el artículo 125 de la Constitución, razón por la que en la mencionada sentencia C-101 de 2013, la Corte Constitucional, además de la inexecutable de la expresión «*procurador judicial*», ordenó «*a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia*».

Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional expidió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 dispuso la apertura del proceso de selección mediante las Convocatorias 001 a 014 de 2015; el proceso de selección de los empleos de carrera que fueron ofertados, ya cuenta con lista de elegibles, misma que se publicó por medio de la Resolución 349 del 8 de julio de 2016, disponiéndose a efectuar los nombramientos en periodo de prueba de las personas que integraron los registros de elegibles y una vez superada la etapa en mención, procedió a nombrarlos en cada uno de sus cargos, en calidad de empleados de carrera.

¹ Sentencia expedida por la Corte Constitucional, el 28 de febrero de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, Expediente: D-9217.

² Por el cual se modifican la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

³ Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

A la fecha no existe sentencia de inconstitucionalidad que indique que con la expedición de los actos administrativos de la Procuraduría General de la Nación convocando a concurso de méritos los cargos de procurador judicial I y II, se esté vulnerando la Constitución Nacional.

Estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa⁴

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional consistió en crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte Constitucional⁵ ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-373 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵ Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-373 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; sentencia T-660 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación se encuentre motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Ahora bien, el máximo órgano constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *«concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa»*⁶.

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2.º y 3.º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

Acervo probatorio.- La Sala procede a analizar las particularidades del caso objeto de juzgamiento con fundamento en el marco normativo que gobierna la materia.

En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por el Tribunal y que resultan relevantes en el caso concreto se

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-186 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

encuentra:

a) Oficio SG-4188 de 12 de agosto de 2016, en el que la Procuraduría General de la Nación informó a la señora Gloria Marina Suárez Trujillo la terminación de su vinculación en provisionalidad, en razón a que mediante el Decreto 3290 de 8 de agosto de 2016 fue nombrada en el cargo que ella desempeñaba a la señora Mónica Ivon Escalante Rueda (fs. 5 y 117).

b) Decreto 3290 de 8 de agosto de 2016, mediante el cual el procurador general de la nación nombró en periodo de prueba a la señora Mónica Ivon Escalante Rueda, en el cargo de procurador judicial II, código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 50 Judicial II Administrativa, con sede en Bogotá D.C. (fs. 6 y 7, 115 y 116).

c) Certificado de los factores salariales devengados por la demandante desde el 1.º de enero de 2015 al 5 de septiembre de 2016, entre los que se encuentran el sueldo, gastos de representación, prima especial salarial, bonificación por compensación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados e indemnización de la prima de vacaciones (f. 9).

d) Constancia y Acta de la audiencia de conciliación extrajudicial realizada en la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá el 1.º de marzo de 2017, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio (fs. 10 a 12).

e) Resolución 040 de 20 de enero de 2015, por medio de la cual el procurador general de la nación, en cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013 y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 7.º del Decreto Ley 262 de 2000, reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de los procuradores judiciales I (3PJ-EG) y II (3PJ-EC), y en el que se establecieron las siguientes etapas del proceso de selección: i) convocatoria; ii) reclutamiento: inscripción y lista de admitidos y no admitidos; iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección; iv) conformación de lista de elegibles; v) periodo de prueba y vi) calificación del periodo de prueba (fs. 102 a 110, 145 a 153).

f) Resolución 345 de 08 de julio de 2016, a través de la cual el procurador general de la nación conformó en estricto orden de mérito la lista de elegibles dentro de la convocatoria 006-2015, que corresponde a los cargos de procuradores judiciales II (3PJ-EC), delegados para la conciliación administrativa, la cual quedó integrada con 239 personas con el fin de proveer un total de 94 empleos (fs. 111 a 114 vto).

g) Expediente administrativo en magnético (CD f. 118).

h) Cédula de ciudadanía de la señora Gloria Marina Suárez Trujillo en la que se observa que nació el 5 de agosto de 1957 (página 11 del archivo de historia laboral, CD f. 118).

i) Constancia expedida por la Procuraduría General de la Nación en la que se indicó que la demandante laboró para dicho ente desde el 4 de marzo de 2013 hasta el 5 de septiembre de 2016, desempeñando como último cargo el de procurador judicial II, código 3PJ-EC, en la Procuraduría 50 Judicial II de lo Contencioso Administrativo de Bogotá (f. 142).

j) Comprobante de resultados de las pruebas presentadas por la demandante en el concurso de méritos llevado a cabo por la Procuraduría General de la Nación, en el que se observa que de acuerdo con los puntajes obtenidos como resultado, no aprobó dicho examen (fs. 143 y 144).

Caso concreto.- Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, ha de precisarse que la señora Gloria Marina Suárez Trujillo presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la intención de obtener la nulidad del Decreto 3290 de 8 de agosto de 2016, por medio del cual el procurador general de la nación en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016, nombró a la señora Mónica Ivon Escalante Rueda en el cargo de procuradora 50 judicial II administrativo de Bogotá D.C.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada: (i) reintegrarla sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba al momento del retiro; (ii) pagarle los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, desde el momento en que se le dio por terminada su vinculación provisional hasta cuando se produzca el reintegro efectivo.

Así, lo primero que ha de precisarse es que la señora Gloria Marina Suárez Trujillo nació el 5 de agosto de 1957 y fue vinculada a la Procuraduría General de la Nación el día 4 de marzo de 2013, siendo el último el de procuradora 50 judicial II administrativa de Bogotá D.C., con carácter de libre nombramiento y remoción hasta el 5 de septiembre de 2016.

Igualmente, se vislumbra que el nombramiento de la demandante en el cargo de procuradora 50 judicial II administrativa de Bogotá D.C., finalizó con ocasión del nombramiento que se efectuó por medio del Decreto 3290 de 8 de agosto de 2016 de la señora Mónica Ivon Escalante Rueda, quien por haber superado todas las etapas del concurso de méritos que se adelantó con la finalidad de proveer los cargos de procuradores de todo el país, fue incluido en la lista de elegibles conformada en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016 correspondiente a la convocatoria 006-2015.

En ese sentido, se advierte que la inconformidad de la señora Suárez Trujillo radica en que en el proceso llevado a cabo por la Procuraduría General de la Nación no exigió de las personas que superaron el concurso de méritos, la realización del curso concurso, desconociendo la equivalencia que tienen con los jueces y magistrados ante quienes actúan.

Pues bien, ha de precisarse que el procurador general de la nación mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, en cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013 y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 7.º del Decreto Ley 262 de 2000, reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de los procuradores judiciales I (3PJ-EG) y II (3PJ-EC) (fs. 102 a 110).

Al respecto, se tiene que los cargos objeto de concurso fueron 744, de los cuales 317 correspondían a procuradores judiciales I (3PJ-EG) y 427 a procuradores judiciales II (3PJ-EC), que se encuentran distribuidos en la planta de la entidad a nivel nacional⁷.

En virtud de lo anterior, el procurador general de la nación a través de la Resolución 345 del 8 de julio de 2016 conformó en estricto orden de mérito la lista de elegibles dentro de la convocatoria 006-2015, que corresponde a los cargos de procuradores judiciales II (3PJ-EC), delegados para la conciliación administrativa, la cual quedó integrada con 239 personas con

⁷ De acuerdo a lo dispuesto en la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 (fs. 102 a 110).

el fin de proveer un total de 94 empleos (fs. 111 a 114 vto).

De esta manera, descendiendo al caso concreto observamos que la señora Mónica Ivon Escalante Rueda en la citada convocatoria ocupó el puesto 54, razón por la que fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de procurador judicial II, código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 50 Judicial II Administrativa con sede en la ciudad de Bogotá D.C., situación que conllevó a la terminación de la vinculación provisional que tenía la señora Gloria Marina Escalante Rueda con esa entidad.

En razón a lo anterior, la Sala concluye que la desvinculación de la aquí demandante no fue capricho de la entidad, puesto que consistió en proveer el cargo en el que se encontraba nombrada en provisionalidad con una persona que superó el concurso de méritos, razón que fue claramente expuesta en los actos censurados.

Bajo ese entendido, no puede la actora desconocer que al haber estado en provisionalidad en un cargo de carrera, gozaba de una estabilidad laboral relativa o intermedia que se traduce en que su retiro del servicio público solo podía tener lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupaba con una persona que hubiera superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, por lo que se descarta cualquier irregularidad de los actos demandados.

Ahora, en lo que respecta a la equivalencia con los jueces y magistrados al momento de llevar a cabo los exámenes y procedimientos de los concursos, específicamente en lo relativo al curso concurso que deben realizar antes de ser nombrados en sus cargos de carrera, se debe indicar que en la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, mediante la cual se dio apertura y se reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación, no se estableció que dentro de las etapas del proceso de selección esté el de realizar el curso concurso, y dicha resolución a la fecha no ha sido declarada inexecutable, ni se ha declarado su nulidad.

Igualmente, en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, no advierte la Sala que en el marco de las convocatorias adelantadas para proveer en propiedad los cargos de

procurador judicial, se hubiere presentado algún tipo de trato desigual a quienes ocupaban esos empleos en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, frente a los aspirantes que estaban por fuera de la entidad, puesto que el concurso de méritos fue absolutamente público y a él pudieron inscribirse y participar en igualdad de condiciones, tanto quienes venían ocupando los mencionados cargos como empleados de libre nombramiento y remoción, como personas que no estaban vinculadas a la entidad; tal como lo hizo la demandante, quien participó en el concurso de méritos, aceptando las condiciones que la convocatoria estableció en el mismo, pero que por infortunio de la misma no obtuvo el puntaje mínimo para aprobar el examen. Por lo que no es posible indicar que la demandada vulneró el derecho a la igualdad de los participantes.

En ese orden de ideas, esta Sala encuentra que la entidad demandada actuó conforme a derecho y en plena observancia de las normas aplicables, pues los actos censurados se encuentran debidamente motivados, comoquiera que se indicaron las circunstancias de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para su expedición, esto es, que la vinculación en provisionalidad de la señora Suárez Trujillo terminó con ocasión del nombramiento de una persona en carrera administrativa.

Por lo tanto, se negarán las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Marina Suárez Trujillo en contra de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las razones aquí expuestas.

Sobre las excepciones de: i) inconstitucionalidad; y ii) genérica o innominada. La Sala **negará** la declaratoria de las excepciones descritas anteriormente, comoquiera que no se observa que se haya configurado ninguna excepción.

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 la sentencia de 27 de agosto de 2015⁸, 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 debe imponerse 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. Sin embargo, 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.

Ahora, previo al archivo de las diligencias se ordenará **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.

⁸ 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 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.

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: Declarar **no probadas** las excepciones de inconstitucionalidad y genérica e innominada, propuestas por la entidad demandada, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Negar las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Gloria Marina Suárez Trujillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación, conforme a la parte motiva.

Tercero: Sin condena en costas.

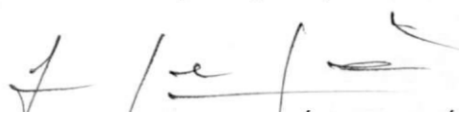
Cuarto: Por Secretaría de la Subsección, **devolver** a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Quinto: Ejecutoriada esta decisión **archivar** las diligencias, previas las anotaciones que fueren menester.

Sexto: 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 Ortégón Ortégón
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

PN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado : 11001333502420130075202
Demandante : **Luis Antonio Guerrero Agreda**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reintegro (llamamiento a calificar servicio)
Actuación : Sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionante (folios 651 a 584), contra la sentencia de 1 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual, negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (folios 64 a 75) El señor Luis Antonio Guerrero Agrega 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 Defensa Nacional - Ejército Nacional, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución 2923 del 17 de mayo de 2012 mediante el cual es llamado a calificar servicios y la nulidad del acta de comité de evaluación 0532 del 3 de octubre de 2011.

Solicitó el reintegro al servicio activo con el mismo grado y antigüedad que sus compañeros de curso, sin solución de continuidad.

Además demandó el reconocimiento y pago de sueldos y demás prestaciones indexadas, dejadas de percibir de acuerdo al grado equivalente de los compañeros de curso ascendidos a partir del 30 de noviembre de 2011 al grado de Coronel, así como el

pago de perjuicios materiales, morales, lucro cesante y daño emergente.

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

Ingresó al Ejército Nacional el 22 de enero de 1987, durante 26 años de servicio. Por reunir los requisitos legales fue incluido junto con 112 oficiales en el listado de aspirantes seleccionados para ser promovidos al grado inmediatamente superior obteniendo un puntaje de 1489 puntos.

El Comité de Evaluación en Acta 0532 del 3 de octubre de 2011, recomendó su no ascenso al grado de coronel.

Solicitó la reconsideración de su ascenso mediante comunicación N° 009039 del 17 de octubre de 2011, petición que no fue formalmente resuelta.

En Resolución 2923 del 17 de mayo de 2012 fue llamado a calificar servicios y retirado de la institución, notificándose el 29 de mayo de 2012.

Citó algunos oficiales que fueron recomendados para ascender con menos puntaje, con antecedentes de diverso tipo inclusive penales.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.- El demandante dentro del escrito demandatorio, citó como vulnerados el debido proceso y el derecho a la defensa, derecho a la igualdad y derecho al trabajo.

Afirmó que las decisiones administrativas no producen efecto legal alguno hasta tanto se encuentren notificadas. Aseguró que la Resolución 2923 de 2012 que no es motivada y no concede el recurso de reposición correspondiente y la notificación de la misma no cumplió los requisitos previstos en el C.C.A., por lo tanto no son válidas, y no se pudo interponer ningún recurso.

Manifestó que para aplicar la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios, no basta el aducir que el funcionario cumple los requisitos para adquirir la mencionada asignación, como quiera que dicho postulado, como quedo determinado, sea el que permite a la autoridad competente hacer uso de la facultad discrecional.

Consideró que se vulneró su derecho a la igualdad ya que pese haber sacado el cuarto mejor puntaje entre los 115 evaluados, fue discriminado por hechos desconocidos. Se encontraba en igualdad de circunstancias con sus compañeros que fueron recomendados y seleccionados por el Comité Evaluativo con puntajes vergonzosos de 550 puntos hasta 680 y quienes si gozaron del reconocimiento y ascenso al grado inmediato de coronel, pero con la particularidad de como en el colegio perdieron el año por malos estudiantes, lo que denota que la discrecionalidad del nominador fue utilizada de forma caprichosa, tenía un derecho más sobre esos oficiales ascendidos de manera arbitraria e irregularmente.

La junta afectó su derecho al trabajo y de su subsistencia al desconocer la valoración hecha por el Comité de Evaluación y su preselección a ascenso.

Contestación de la demanda.- (folios 98 a 129) La entidad demandada se opuso a todas las pretensiones esbozadas por la parte actora, al considerar, que sus afirmaciones no prueban nexo causal alguno entre los supuestos intereses personales de algunos oficiales y la decisión de retirarlo del servicio activo.

En cuanto a las vías de hecho que alegó el actor indicó que para que se configure una vía de hecho deben presentarse simultáneamente violación al debido proceso y estado de indefensión de quien alegue la vía de hecho, los cuales no se presentan en el caso bajo examen.

Los actos de carácter discrecional llevan envuelta la presunción de legalidad, sin necesidad de que sean motivados, puesto que, se presume se expiden en razón al buen servicio de la entidad.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 1 de

septiembre de 2017, (fs 546 a 558), negó las pretensiones de la demanda al considerar que se demostró que «...la motivación del acto que dispuso el retiro del servicio activo del demandante del Ejército Nacional, por llamamiento a calificar servicios, se circunscribió al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 99, 100, literal a) numeral 3º y 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, como lo ha referido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional, en la medida que tal decisión comportó el uso de la facultad discrecional, para cuyo ejercicio solo es necesario, frente a los oficiales de la Fuerza Pública, que el uniformado retirado tenga el tiempo mínimo requerido para acceder a la asignación de retiro y que haya mediado la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de retirarlo, los cuales se acreditaron como cumplidos, por lo que no resulta necesaria ninguna otra motivación expresa de las razones para sustentar la decisión de desvinculación, las cuales se presumen en el mejoramiento del servicio.»

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la **parte accionante** interpuso recurso de apelación (folios 561 a 584), al estimar que su retiro no se obedeció a la búsqueda de un buen servicio, sino realizar una decisión que no consultaba con la realidad de la prestación del servicio del oficial en mención, carente de motivación y contraria al espíritu que debe estar presente en la facultad discrecional, estos supuestos fácticos y hechos probados dentro del proceso desvirtúan la legalidad del acto administrativo en cuanto a su presunción, traduciéndose la aplicación en este caso de la discrecionalidad, en un acto arbitrario, permitiendo además de lo anterior, restablecer sus derechos al reintegro, pago de salarios, ascensos dejados de percibir y todos los demás emolumentos a que tiene derecho.

Adujo que con su retiro se vulneró el debido proceso porque la directiva transitoria del 8 de abril de 2011 MDN-CGFM-JEDEH-DIPER-ASC que establece «las instrucciones sobre evaluación y estudio de los oficiales considerados para ascenso» es clara en el sentido que el procedimiento establecido en el reglamento y en los artículos 37 y 38 del Decreto 1799/2000, señala que la junta clasificadora es la que estudia, selecciona, define la clasificación anual y para ascenso de los aspirantes (en listas de 1 a 5), luego de agotada esta etapa, si entra a reunirse el comité. Consideró que en su caso particular se violó el procedimiento y la ley porque el Ejército Nacional inexplicablemente procedió al contrario, violando su propio reglamento.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 30 de octubre de 2017 (f.586) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 7 de diciembre de 2018 (f.591); 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 29 de marzo de 2019 (folio 593), para que aquellas alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante, quien reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandante.- (folios 595 a 622) La Junta asesora del Ministerio de Defensa, demuestra de manera irrefutable, clara e inequívoca que la junta asesora, el ministerio de defensa y los comités, en el caso del llamamiento a calificar servicios por retiro discrecional, incurrió en vicio de desviación de poder, pues nunca tuvo como objeto el mejoramiento del servicio de la entidad, sino el irrespeto de los preceptos jurídicos y principios rectores de la función pública, toda vez que nunca existió argumento alguno que justificara el retiro de uno de sus mejores empleados del Ejército Nacional, el servicio se mejora con los mejores no con los peores.

V. CONSIDERACIONES

Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 153 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problema jurídico.- Corresponde a la Sala determinar si el acto administrativo por medio del cual se retiró del servicio por llamamiento a calificar servicios al señor Luis Antonio Guerrero Agreda, se produjo con violación al debido proceso y a los derechos a la defensa, el trabajo y la igualdad, o si la resolución y acta acusadas continúan gozando de presunción de legalidad.

Tesis de la sala.- En el presente asunto **se negarán** las pretensiones de la demanda, por cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, por las razones que se pasaran a explicar así: **(i)** marco normativo y jurisprudencial de las Fuerzas Militares referente

al retiro del servicio; **(ii)** de lo probado en el proceso; **(iii)** caso concreto; y **(iv)** condena en costas.

(i) Marco normativo.- El Decreto 1790 de 14 de septiembre de 2000, «*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*», en su artículo 99, preceptúa:

*«Artículo 99. **Retiro.** Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.*

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto».

De igual manera el artículo 100 del decreto antes referido norma modificada por el artículo 5° de la Ley 1792 de 2016, señala como causal de retiro el llamamiento a calificar servicios, de la siguiente manera:

*«Artículo 100. **Causales del retiro.** «Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:» El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:*

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en la Ley 775 de 2002.*

3. Por llamamiento a calificar servicios.
[...]». **(Destacado por la Sala).**

La causal de retiro por llamamiento a calificar servicios está definida por el artículo 103 ibídem, en los siguientes términos:

«ART. 103. Retiro por llamamiento a calificar servicios. «Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:» Los Oficiales

y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro».

Respecto de los requisitos para la asignación de retiro para la procedencia del retiro por llamamiento a calificar servicios, es preciso indicar que el artículo 14 del Decreto 4433 de 2012 indica lo siguiente:

«Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después 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 Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro [...]».

Así las cosas, el llamamiento a calificar servicios ha sido concebido legalmente como una de las causales para que el personal de las Fuerzas Militares, sea retirado del servicio y cesar en el ejercicio del grado que ostentan y en el cual se desempeñan. El llamamiento a calificar servicios, es entonces una forma legítima y una facultad discrecional de desvinculación de las Fuerzas Militares, prevista para oficiales y suboficiales, cuyo fundamento se encuentra en la normatividad antes citada.

En lo que corresponde a la figura del llamamiento a calificar servicios como aspecto que entraña el ejercicio de una facultad discrecional el H, Consejo de Estado¹ se pronunció de la siguiente forma:

«[...]»

El apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación señaló que el a quo debió tener en cuenta la hoja de vida del actor y las buenas calificaciones que este tenía y la trayectoria profesional. Frente a esta aseveración, la Sala concluye que la misma no es de recibo, por cuanto la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario. Se puede decir en el mismo sentido que por el hecho consistente en las buenas calificaciones y trayectoria en la entidad

¹ Consejo de Estado, sentencia de 12 de octubre de 2017, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14), Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

demandada del señor Luis Alberto Ortiz Quintero, él tiene un derecho de estabilidad.

Cuestión diferente, es que el a quo, en la sentencia de primera instancia dio relevancia a la temática de la discrecionalidad de la administración para tomar la decisión de llamamiento a calificar servicios del actor, en aras del buen servicio, lo cual se constituye en una presunción que se predica de ese tipo de actos y que ha sido ampliamente abordada y reiterada por parte de esta Corporación.

Además el acto demandado se fundamentó de conformidad con las normas establecidas en la ley, entre ellas se encuentra los artículos 55 y 57 del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000, que señala «El personal de oficiales, Suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio», la cual es una causal de retiro del servicio activo. Lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de la fuerza pública, conduciendo al cese de las funciones del señor Luis Alberto Ortiz Quintero dentro de la Policía Nacional, siendo esta, no una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución.

Lo anterior, atendiendo a la noción de evolución institucional, permitiendo el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles.

[...]

En ese orden, se puede afirmar que existe una presunción legal, en el sentido que los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley. ».

La Corte Constitucional en sentencia SU-091 de 2016, señaló que no es exigible la motivación de los actos administrativos que dispongan el llamamiento a calificar servicios y además indicó:

«3.9. PRECISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA FIGURA DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

[...]

3.9.2. En esta oportunidad, la Corte considera importante realizar un análisis más profundo de la figura del retiro por llamamiento a calificar servicio diferenciándolo tal y como se hizo en el acápite 3.7 de esta providencia, del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General. Lo anterior, debido que frente a estas dos causales de retiro de los funcionarios de la Fuerza Pública no existe claridad en la posición tomada por esta Corporación, ya que suelen confundirse e igualarse ambas cuando son diferentes en cuanto a efectos. Por lo tanto, la jurisprudencia en vigor resulta ajena a la verdadera naturaleza de la figura del llamamiento a prestar servicios y pone en riesgo la integridad y la finalidad de la Fuerza Pública.

3.9.3. Con la finalidad de precisar que aunque ambas causales de retiro son consecuencia de la facultad discrecional que la Ley les ha otorgado al Gobierno y a las instituciones de la Fuerza Pública, su finalidad, sus requisitos, efectos y resultados son distintos, por tanto no se podrían exigir para ambas figuras los mismos requerimientos como es el caso de la motivación del acto de retiro, en particular porque lo que se busca con el llamamiento a calificar servicios es proteger la estructura jerárquica y piramidal de la Fuerza Pública.

3.9.4. Para tal fin, se pasará a analizar las diferencias entre las dos (02) figuras y las razones por las cuales **no es necesaria una motivación adicional del retiro cuando se trata de la causal denominada llamamiento a calificar servicios, pues dicha motivación está contenida en el acto de forma extra textual, ya que claramente sus requisitos los determina la Ley. En consecuencia, exigir una motivación adicional desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros.**

[...]

(E)l llamamiento a calificar servicios sólo procede, cuando el oficial ha cumplido el tiempo de servicio en el que puede acceder a la asignación de retiro. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, en una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual **no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro.**

[...]

3.10. CONTROL JUDICIAL POSTERIOR PARA LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.

3.10.1. Ahora bien, antes de analizar cada uno de los casos y si existió o no la vulneración alegada, es importante resaltar que en esta oportunidad la Corte Constitucional precisa la jurisprudencia en lo concerniente a la motivación de los actos de retiro de los funcionarios de la fuerza pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicio.

[...]

3.10.2. De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.

En ese sentido, la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, **si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.**

Para evitar estas prácticas, quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme a lo expuesto en líneas precedentes, se tiene que el acto administrativo de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, no requiere estar fundado en razones objetivas y hechos que justifiquen la separación del servicio, ya que resulta suficiente que el miembro de la Fuerza Pública ostente los requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro para que pueda operar sobre él esta medida.

No obstante, esa modalidad de retiro puede ser objeto de control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando el militar considere que el acto está viciado de nulidad por razones de persecución laboral, desviación de poder, falsa motivación o por ser expedido el acto con infracción de las normas en que debía fundarse, sin embargo la carga probatoria en él reside.

(ii) De lo probado en el proceso.- Revisado el expediente se relacionan los documentos pertinentes y conducentes para solucionar el fondo del asunto, así como los testimonios recepcionados en la audiencia correspondiente:

- ✓ Continuación Acta 0521 de la reunión de la Junta Clasificadora del Ejército Nacional para estudiar y definir la clasificación anual de los lapsos 2009-2010, 2010-2011, lapsos anteriores y novedades de justicia del personal de oficiales considerados para ascenso en el mes de diciembre de 2011, en el que se observa que el demandante se encuentra en lista 1 (folios 4 y 5).
- ✓ Acta 0532 del 3 de octubre de 2011, expedido por las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional en el que figura el señor Luis Antonio Guerrero Agreda dentro del personal que se recomendó no ascender (folios 5 a 17).

- ✓ Acta 0545 del 27 de octubre de 2011, expedido por las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional en el que se observa que el señor Luis Antonio Guerrero Agreda solicitó reconsideración frente a la decisión de no recomendar su ascenso (folios 18 a 23).
- ✓ Resolución 2923 del 17 de mayo de 2012, emitida por el Ministerio de Defensa, por medio del cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva «por llamamiento a calificar servicios», entre otros al señor Luis Antonio Guerrero Agreda, comunicada el 29 de mayo de 2012 (folios 25 a 28).
- ✓ Resoluciones 1150 del 30 de mayo de 2012, 4560 del 30 de noviembre de 2011, 4852 del 22 de diciembre de 2011, en la que se ascendieron a diferentes oficiales al grado más próximo (folios 29 a 35).
- ✓ Extracto de hoja de vida del señor Luis Antonio Guerrero Agreda, en el que consta información familiar, general, estímulos, anotaciones positivas y negativas, información jurídica, información ausencias laborales (folios 37 a 51).
- ✓ Testimonio del señor Emilio Enrique Torres Ariza recepcionado el 4 de julio de 2017, por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el que el testigo manifestó en resumen: *que no conoce los motivos por los que el actor fue retirado del servicio, solo que uno de los puntos de su no ascenso fue el comité de estudios, pero el motivo fueron decisiones que en su momento tomó el Comando del Ejército, era Teniente Coronel y estaba haciendo curso de ascenso para Coronel. Dice que la ley es clara al establecer los puntos que se deben tener en cuenta para el ascenso de un oficial y suboficial, entre ellos el tiempo mínimo de servicios, la aptitud psicofísica, la situación jurídica y disciplinaria y el comité de estudios para ascenso, pero estos puntos se los recoge la Dirección de personal y se los presenta al Comandante del Ejército quien es quien tiene la potestad real para tomar la decisión de retirar o no del servicio; el Comité es uno de los pasos. Sobre el procedimiento interno de la institución para disponer el retiro de un miembro por llamamiento a calificar servicios, manifestó que una vez se determina que una persona no asciende de grado existen dos posibilidades, la primera, pasar la solicitud de retiro por voluntad propia, y la segunda, ser llamado a calificar servicios. Relata que el comité determinó que el estudio del demandante no es positivo, por lo que el demandante solicita la reconsideración y es en el segundo comité cuando del que entra a hacer parte en el que se evalúa la lista en la que está ubicado el demandante, los cargos desempeñados, las anotaciones en su folio de vida, y conceptos que envían al comité de evaluación, pero hay conceptos que llegan directamente al comandante del*

Ejército, que es quien toma finalmente la decisión. Por último, aduce que es en el momento en que se hace la presentación de cada uno de los comités de estudio de los oficiales cuando el Comandante General toma la decisión... Dice que se desempeñó con funciones dentro de un segundo comité de evaluación de estudios del demandante y la información de comité generalmente reposa en el acta final de recomendación y no recomendación, pero él no era el presidente de ese comité, hizo parte del estudio pero no estudió al demandante y aclara que el retiro es una potestad única del Comandante del Ejército en todos los niveles, por lo que el comité no conoce exclusivamente las razones. Afirma que las listas de evaluación es una calificación que se le hace a todos los oficiales y suboficiales donde existe una autoridad evaluadora, que es el superior directo y es quien hace el estudio, y otra revisora que es superior inmediato del evaluador, que es quien avala el estudio, y esta lista se pide al momento de hacer el comité de evaluación o de estudios, pero ese estudio es solo una parte del análisis para la recomendación de ascenso. Finalmente, dice que al comité de estudios no se allegan los informes confidenciales, como los del departamento de inteligencia o contrainteligencia, sino que llegan directamente al Comandante del Ejército, sin que ello se interprete que contra el actor obraban informes de este tipo. (folios 506 a 521).

- ✓ Testimonio del señor Luis Fabio García Chávez recepcionado el 4 de julio de 2017, por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el que el declarante señaló en resumen: *Señala que conoció al demandante en la Brigada 16 con sede el Yopal en el año 2003, trabajo como comandante el Gaula bajo sus órdenes. No conoció con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fue retirado del servicio el actor pero entiende que no fue llamado para ascenso a Coronel y cree que con base en eso fue su retiro. Y para la fecha de su retiro ostentaba el grado de Teniente Coronel. Afirma que no puede señalar con exactitud las razones por las cuales no fue posible continuar con los servicios del demandante en el Ejército Nacional, pero tiene entendido que después de los estudios correspondientes a sus capacidades profesionales, sicológicas y físicas llenaba los requisitos para su ascenso a Coronel pero no puede señalar exactamente porque no hizo parte de su selección y por alguna razón que no conoce no fue llamado por el Comandante del Ejército para su ascenso. Dice que el Ejército tiene una organización especial, con reglamentos aprobados por el Comando General, y con base en esas normas se hacen los estudios de ascenso. Aclara que está retirado del servicio activo desde el año 2005 y, por tanto, no tiene conocimiento de cómo se hizo la evaluación ni de las consideraciones para no ascender al demandante...Manifiesta que el demandante nunca tuvo investigaciones disciplinarias ni penales mientras estuvo bajo su mando ni tampoco escuchó algo así cuando ya se había retirado del servicio, y que su desempeño fue sobresaliente y muy cumplidor de su deber con resultados operacionales sobresalientes, una persona supremamente valiosa y un profesional a carta cabal. Comenta que si bien la clasificación del demandante la hace el Comando del Ejército, con base en su folio de vida, en su momento y mientras estuvo bajo su mando él lo calificó para Lista 1. (folios 506 a 521).*
- ✓ Testimonio del señor Oscar Ricardo Colorando Barriga recepcionado el 4 de julio de 2017, por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el que el testigo afirmó: *que conoce al actor desde 1987 ya que fueron compañeros de curso en la Escuela Militar, de ahí fueron trasladados a la misma unidad en el Urabá*

Antioqueño y en la ciudad de Bucaramanga y también se han encontrado en los diversos cursos de ascensos que han tenido, por lo que se han frecuentado con cierta regularidad en los últimos treinta (30) años. Aduce tener entendido que las razones por las cuales se retiró del servicio al señor Guerrero Agreda fue por no haber sido considerado en el estudio de ascenso por el Comando del Ejército (...) como compañeros, fueron sometidos al mismo proceso de selección frente al estudio de sus hojas de vida, las listas de clasificación y los desempeños por lo que conoció de su proceso como Teniente Coronel. Señala que no conoce las razones subjetivas por las cuales el demandante fue retirado sino que lo dice conocer como compañero y como Oficial del Ejército y cree habían razones bastante objetivas para ascenderlo en su grado (...) recalca que el procedimiento de llamamiento a calificar servicios es la potestad que tiene la Fuerza para acabar con la vida militar de un oficial o suboficial, que se debe a un estudio concienzudo para determinar si hubo problemas a nivel operacional, académico, médico o alguna información que atente contra el desempeño profesional y personal (...) Sobre la evaluación del actor para su no recomendación para ascenso a Coronel en diciembre de 2011 y su solicitud de reconsideración dice que las directivas transitorias las hacen todos los años y con base en esos parámetros se estudia el actuar del oficial, sus cargos, el saber y el nivel de dificultad, de allí se saca una calificación numérica y en el caso de él y el demandante fueron calificados entre 115 oficiales y el señor Agreda ocupó el cuarto (4o) puesto con un puntaje de 1509 puntos y él sacó 1209 puntos y fue el puesto 49 y logró ascender, pero dice desconocer la decisión final ya que no hizo parte del comité (...) señala no conocer las razones subjetivas del retiro del actor pero considera que en sus 26 años de vida militar fue un oficial sobresaliente al punto de haber sido clasificado el Lista 1 dentro de 26 compañeros Relata que perteneció a varios comités de estudio como evaluador de suboficiales y de oficiales, (...) afirma que el demandante no tuvo ningún tipo de antecedente de carácter disciplinario, administrativo o penal y que su desempeño se refleja en su hoja de vida y siempre fue considerado entre sus compañeros como un oficial sobresaliente (...) manifiesta que una vez realizado el estudio de evaluación, en el que se clasifica a los oficiales numéricamente, se le presenta al Comandante del Ejército para recomendarle quien debe y quien no debe ascender de acuerdo a los cupos existentes (...) señala que el folio de vida es el documento en el que se sintetiza el desarrollo profesional de una persona durante un tiempo determinado que es anual y acumulado durante toda la vida militar... Dice que para el estudio del oficial se deben tener en cuenta aspectos objetivos, que son los que se pueden cuantificar y de los que se pueden obtener resultados, tales como los folios de vida, las listas de clasificación, las capacitaciones y demás, por lo que lo subjetivo no puede ser tenido en cuenta en el estudio que hace el comité de evaluación, lo que ayuda a evitar posibles injusticias (...) y afirma que los comités en los que estuvo fueron comités de ascenso para promover de un grado a otro, pero que no estuvo en comités de retiro, y aunque hay diferencias entre los dos, se basan en las mismas normas y criterios, tales como el folio de vida y el desempeño profesional del evaluado. (folios 506 a 521).

- ✓ Testimonio del señor Luis Fabio García Chávez recepcionado el 4 de julio de 2017, por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el que el declarante manifestó en resumen: conocer al demandante desde el año 2009 cuando fue comandante de la Brigada 12 en el Caquetá y llegó como oficial de operaciones de esa brigada, y posteriormente trabajaron también en Bogotá en la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional (...) dice no conocer las razones por las cuales el demandante fue retirado del servicio ya que eso lo sabe es el presidente

del comité y cuando lo conoció ostentaba el grado de Teniente Coronel y su trabajo allí fue sobresaliente en apoyo a todas las decisiones que se tomaron en la Brigada, tal y como se refleja en su folio de vida (...) señala sobre el procedimiento para el estudio del uniformado que una vez se nombra el comité y se asignan funciones a sus miembros, se le hace seguimiento al evaluado y una vez realizado el estudio se le presenta al comandante del Ejército la recomendación del personal para ascenso y para no ascenso, y para el estudio se tiene en cuenta muchos aspectos, tales como su desempeño, las listas de clasificación, problemas de justicia, de sanidad, entre otros, y si no es recomendado puede presentar una reconsideración que es cuando vuelve a ser evaluado (...) afirma que no hizo parte del comité evaluación del demandante, pero que lo conoce por el trabajo que desempeñó con él donde demostró todas sus cualidades profesionales (...) y finalmente, aduce que cuando ya no se llama a ascenso a un oficial la Fuerza lo retira del servicio... Relata que sí se ha desempeñado en algunas ocasiones como presidente de comités de evaluación para ascenso y las funciones en dicho comités eran la de reunir a los oficiales que lo integran para dictar los parámetros de las evaluaciones, que también son dictados por el Comandante del Ejército Nacional, y ya desde ese momento se van haciendo los respectivos estudios de los oficiales llamados para ascenso y al final el resultado de esos estudios, donde se recomiendan los nombres para ascender y no ascender, se le presentan al segundo comandante y al comandante del Ejército (...) manifiesta que todos esos estudios se basan en los folios de vida y en todos los criterios de evaluación del miembro, como problemas de justicia, sanidad, entre otros, y afirma que no tiene conocimiento de que el actor haya tenido antecedentes de tipo penal o disciplinario. (folios 506 a 521).

(iii) 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 que lo retiro del servicio bajo la causal denominada «llamamiento a calificar servicios» y del acta que recomendó su no ascenso, esto por considerar que se produjeron con violación al debido proceso y a los derechos a la defensa, el trabajo y la igualdad.

Como consecuencia de la pretensión de nulidad el actor persigue que se le reintegre al servicio activo de las Fuerzas Militares, al mismo grado que ostenten sus compañeros de curso y en el mismo escalafón de oficiales del Ejército Nacional. Asimismo, solicitó el pago de todos los salarios y haberes dejados de devengar, así como el resarcimiento de los perjuicios extra patrimoniales.

La parte demandante expone como razones de inconformidad los siguientes cargos:

i) **El acto administrativo fue expedido con violación al debido proceso y a los derechos a la defensa;** adujo que la resolución de retiro esto es, la Resolución 2923 de 2012 no fue motivada, tampoco se concedió el recurso de reposición correspondiente y la notificación de la misma no cumplió los requisitos previstos en el C.C.A.

Respecto a la motivación del acto se destaca, que jurisprudencialmente se ha reiterado, que el retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.

Facultad que hace que la administración pueda seleccionar de alguna manera, cuáles de sus mejores militares deben ser llamados a curso de ascenso, toda vez que por ser un sistema piramidal, no pueden ser todos llamados a subir de grado.

De otro lado, en cuanto a la notificación de los actos acusados se observa que a folio 25 del proceso reposa la comunicación de la Resolución 2923 que es la que materializó el retiro del servicio del demandante. En este aspecto se tiene que la entidad accionada no notificó la resolución de retiro sino que la comunicó pese a que el entonces vigente Código Contencioso Administrativo señalaba que ese tipo de actuaciones debía notificarse.

Ahora, si bien es cierto que la notificación de las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas, es la oportunidad para dar a conocer al interesado el contenido de dichas decisiones y que de esa manera el interesado pueda utilizar los mecanismos jurídicos que considere pertinentes para controvertirlos, concretamente para la interposición de los respectivos recursos, garantizando por una parte el debido proceso administrativo, también lo es, que en este caso particular el acto cuestionado cumplió su finalidad y el actor reveló el conocimiento de su contenido.

Por lo dicho, la Sala considera que la posible irregularidad cometida en torno a la notificación del acto demandado no afectó la eficacia del acto, ya que es lógico imaginar que al proferirse un acto de retiro que regía a partir de su expedición, el actor se enteraría de inmediato de su contenido por cuanto ello conllevaba a su desvinculación. Además al darse

la comunicación del mismo se terminó de garantizar el derecho de defensa del señor Guerrero Agreda, de poder atacar la decisión de la administración.

ii) **Derecho a la igualdad y al trabajo;** consideró que al no haber ascendido pese haber obtenido el cuarto lugar de puntaje fue discriminado sin ninguna justificación. Además concluyó que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa desconoció la valoración hecha por el Comité de Evaluación y su preselección a ascenso y lo llamó a calificar servicios vulnerando su derecho al trabajo y a la subsistencia.

Sobre las alegaciones referentes a su excelente hoja de vida, condecoraciones y felicitaciones, la jurisprudencia de esta jurisdicción ha sido uniforme en señalar que dichos presupuestos son parte del deber ser de todos los servidores públicos, y no es una situación que por sí sola conlleve a que obligatoriamente se realicen ascensos, porque si este fuera el único presupuesto de ascenso la gran mayoría de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares tendrían derecho a todos los ascensos, y resultaría inócua la normatividad referente a las causales discrecionales de retiro del servicio.

Es responsabilidad de la parte actora para estos casos demostrar las presuntas irregularidades cometidas por la institución que culminaron con el retiro del servicio, ya que dichas actuaciones además de gozar de la presunción de legalidad que cubra todos los actos administrativos, también tiene una presunción especial de mejora del servicio, la cual debe ser desvirtuada por la parte interesada en ello, situación que no ocurrió en el sub-lite, ya que aun cuando existió un extenso caudal probatorio aportado por el accionante, estos no resultaron suficientes para acreditar la configuración de las causales de nulidad invocadas en el libelo.

En el plenario reposa entre otros, al acto de retiro del actor, la recomendación de retiro de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, su hoja de vida completa con calificaciones, condecoraciones y evaluaciones, aspectos todos estos que si bien denotan una excelente prestación del servicio, una trayectoria profesional correcta, no bastan para conceder un fuero de inamovilidad.

Si bien es cierto, que del análisis detallado del acervo probatorio se evidencia que el actor mantuvo excelentes calificaciones en su desempeño, que fue objeto de condecoraciones,

felicitaciones, estímulos, distintivos, y que se encuentra académicamente preparado para ser merecedor de ascensos, también lo es, que de las pruebas documentales y **testimoniales** quedo claro que una excelente hoja de vida no es el único requisito para recomendar el ascenso de un servidor, sino que también se debe examinar el límite de cupos disponibles, condición física, información financiera, confiabilidad, problemas de sanidad, de justicia, medicina laboral, etc. Aspectos todos estos, que son examinados por el brigadier general encargado del proceso de evaluación y que posteriormente es concertado por la Junta de Evaluación y Clasificación.

Del plenario también se avizora que el demandante presentó petición de reconsideración pero que la entidad demandada resolvió no recomendar el ascenso explicando entre otros que existen puntajes y cupos limitados y que para dichos ascensos se dieron en total 10 cupos así; 2 para infantería, 1 caballería, 1 de artillería, 1 de ingenieros, 1 de inteligencia, 2 logísticos, y 1 de comunicaciones.

En ese orden se tiene que, la entidad accionada estudio por segunda vez el ascenso del actor, toda vez que como se encuentra consignado en el Acta 0545 de 27 de octubre de 2011, este peticionó la reconsideración, la cual fue atendida nuevamente en el estudio de ascenso, diciéndose de manera desfavorable la misma.

Por lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que la Sala no tiene certeza de que en el caso del señor Guerrero Agreda la entidad accionada haya actuado con violación al derecho de trabajo e igualdad, por el contrario se infiere que la actuación de la institución estuvo ajustada a derecho, ya que resolvió las peticiones efectuadas por el actor y pese a que ya había estudiado su ascenso, atendió la solicitud de reconsideración, la cual fue sometida a todo el trámite nuevamente.

Igualmente se resalta que del análisis integral de las pruebas testimoniales se evidencia que todos coinciden en que el actor tenía un excelente desempeño y que poseía una gran hoja de vida, aspectos estos que conforme se expuso líneas atrás no resulta suficiente para conferirle al militar un fuero de inamovilidad.

Asimismo, de las pruebas testimoniales estudiadas se tiene que todos los deponentes además de testificar sobre las cualidades del demandante, reconocieron que no hicieron parte de la junta de calificación por lo que desconocen cuál fue la razón subjetiva para no recomendar su ascenso. Solo explican el trámite para estudiar los ascensos, narran porque conocían laboralmente al accionante y afirman que el actor merecía ser ascendido, pero en realidad no especifican nada sobre razones concretas que conlleven a una desviación de poder o fines diferentes al buen servicio.

Por consiguiente, la Sala considera que las alegaciones debían ser probadas por el actor, ya que no es suficiente que se mencione que existió otro motivo diferente al buen servicio, sino que tiene que demostrarse adecuadamente la configuración de estas causales, es decir que no basta la afirmación de que ascendieron compañeros con menores méritos que él y que no se vio en su totalidad su hoja de vida, ya que se repite, que una excelente hoja de vida no genera la estabilidad del cargo.

Conforme todo lo expuesto, advierte la Sala, que en este caso la entidad demandada aplicó correctamente la normativa que regulaba el caso del actor para proferir su acto de retiro, ya que la determinación fue adoptada previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional en sesiones del 3 de octubre de 2011 y 27 de octubre de la misma anualidad.

Ahora bien, sobre el llamamiento a calificar servicios se precisa que en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado precitada, ha quedado sentado que esta figura jurídica no es un castigo sino una manera natural de salir de las fuerzas armadas que permiten la renovación de su personal, garantizándole su subsistencia a los sujetos que se les aplica, cuando ya no estén en el ejercicio de sus funciones y que no existe una vulneración de los derechos fundamentales, por cuanto el mínimo vital se garantiza con el disfrute de la asignación de retiro.

(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 8º) 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:

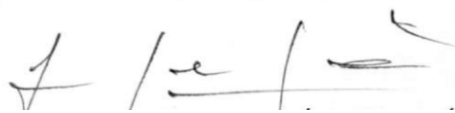
Primero.- Confirmar la sentencia de 1 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Administrativo de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Luis Antonio Guerrero Agreda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con las razones expuestas.

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 Ortegon Ortegon
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado

LC



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307333300120150025101
Demandante : **Pedro Julio Rodríguez Sánchez**
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 28 de agosto de 2018 proferida en audiencia por el Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, mediante la cual ordenó seguir adelante la ejecución.

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fls. 401 a 51) El señor Pedro Julio Rodríguez Sánchez, 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 Juzgado Único Administrativo de Girardot de fecha 8 de octubre de 2007 confirmada por la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B del 12 de junio de 2008.

Fundamentos fácticos.- La parte ejecutante como soporte de la demanda ejecutiva, señaló los siguientes hechos:

Mediante sentencia judicial proferida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de

Girardot de fecha 8 de octubre de 2007 y confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 12 de junio de 2008, se condenó a la ya liquidada Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL – EICE, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor Pedro Julio Rodríguez Sánchez, tomando como base la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

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.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, mediante Resolución N° 17765 del 7 de mayo de 2009 dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Girardot, en el sentido de reliquidar la pensión de jubilación del actor.

En enero de 2011Cajanl reportó al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional la novedad de inclusión de nómina de la anterior resolución cancelando la suma de \$ 27.896.016 por concepto de pago de diferencia de mesadas atrasadas e indexación.

Mandamiento de pago.- (folios 158 a 161). Mediante providencia de 7 de julio de 2017, el Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Girardot, 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 Pedro Julio Rodríguez Sánchez, por la suma de:

*« [...] Por la suma de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$ 44.135.354)M/CTE** por concepto de intereses causados desde el 27 de junio de 2008 hasta el 25 de marzo de 2015.*

Por la indexación de las anteriores sumas desde el 1 de abril de 2015 y hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago [...].»

Contestación de la demanda.- (fs. 221 a 232). 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: «pago total de la obligación»; «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «imposibilidad de pago por intereses moratorios a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp»; «inexistencia del título ejecutivo» y «caducidad y prescripción de la acción ejecutiva».

Además expuso que al verificar el expediente administrativo del ejecutante, se logra evidenciar, que el mismo presentó reclamación a Cajanal en el proceso liquidatorio través de la reclamación número 10043. Señaló que si el ejecutante llegase a presentar algún inconformismo con la decisión que adoptara la liquidación de Cajanal, éste estaría en la obligación de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Girardot, mediante sentencia proferida el 28 de agosto de 2018 (fs. 281 a 290), que en el auto con el que se libró mandamiento de pago, se realizó liquidación de los intereses hasta el 31 de marzo de 2015, cuando en realidad debieron liquidarse hasta el 25 de enero de 2011, fecha en que se efectuó el pago de la sentencia sin realizar inclusión de intereses, por cuanto no es posible que se siguieran causando intereses con posterioridad al pago efectuado por la entidad ejecutada, por lo que deberá modificarse la suma a pagar por parte de la ejecutada, quedando en DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$19.656.974), la cual deberá ser indexada a partir del 26 de enero de 2011 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Ugpp interpuso recurso de apelación en la misma audiencia explicando que frente al pago de intereses moratorios la posición de la entidad es que no le asiste razón a la parte actora en solicitarle a ella dichos intereses, ya que esta se encargó del pago de las obligaciones activas pero, las costas e intereses no era de su competencia,

por lo que advierte que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido la misma audiencia del 28 de agosto de 2018 (f. 281 a 290) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 23 de noviembre de 2018 (f. 296), 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. 329), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las partes.

Parte ejecutante.- Manifestó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver un conflicto negativo de competencias, declaró competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, para cancelar intereses moratorios ordenados en una sentencia judicial, toda vez que la misma es la llamada a continuar con el conocimiento de las funciones misionales y procesales de la desaparecida Cajanal.

Entidad ejecutada.- (fs. 333 a 339). Además de reiterar en los argumentos de la contestación de la demanda, explicó que no se encuentra demostrado que la actora se haya hecho parte en el proceso de liquidación de Cajanal, como correspondía, por tanto o es admisible que a través de la acción ejecutiva pretenda que la Ugpp de cumplimiento a las sentencias judiciales que estima no fueron acatadas en su integridad por la extinta Caja de Previsión. Consideró que nunca estuvo en mora por cuanto la parte ejecutante nunca presentó solicitud de pago de intereses.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la

parte ejecutada contra la sentencia de 28 de agosto de 2018 (fs. 281 a 290), a través de la cual el Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Girardot, declaró no probadas las excepciones de mérito y ordenó seguir adelante con la ejecución.

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 modificará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó seguir adelante con la ejecución del crédito y negó las excepciones de mérito, 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 CPACA 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.

Pruebas obrantes en el plenario que guardan relación con el problema jurídico.-

- Sentencia del 8 de octubre de 2007, proferida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Girardot mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución 12152 del 18 de abril de 2005 y ordenó la reliquidación de la pensión gracia del señor Pedro Julio Rodríguez Sánchez (folios 7 a 14).
- Sentencia del 12 de junio de 2008, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se confirmó la sentencia del 8 de octubre de 2007, que accedió a las pretensiones de la demanda (folios 15 a 25).
- Resolución 17765 del 7 de mayo de 2009, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., en la que se dio cumplimiento a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 12 de junio de 2008, y en consecuencia ordenó reliquidar por nuevo factor salarial una pensión de jubilación gracia a favor del señor Pedro Julio Rodríguez Sánchez (folios 26 a 29).
- Respuesta al derecho de petición con radicado N° 20135143209242 en el que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, informó que verificados los aplicativos de información y consulta de la Ugpp, se evidencia que en la nómina del mes de diciembre de 2010 se reportó la mesada pensional, ordenada en la Resolución 17765 (folio 33).
- Liquidación efectuada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que se puede verificarla liquidación de las diferencias pensionales, pero no se canceló ningún saldo por concepto de intereses moratorios (folios 34 a 36).
- Reclamación del 22 de septiembre de 2009 presentada por el señor Pedro Julio

Rodríguez Sánchez ante la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E., a fin de que se procediera incluir en nómina de pensionados la Resolución 17765 del 7 de mayo de 2009 (folios 37 y 38).

- Liquidación de intereses moratorios aportados por la parte demandante (folios 39 y 40).

Caso concreto.- Adentrándonos al caso concreto se precisa 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, que dicha entidad no es la encargada del pago de los intereses y que por tanto, carece de legitimación en la causa.

Al respecto, el artículo 22 del Decreto 2196 de 2009 de 12 de junio de 2009, *«Por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones»*, estableció:

«ARTÍCULO 22. INVENTARIO DE PROCESOS JUDICIALES Y RECLAMACIONES DE CARÁCTER LABORAL Y CONTRACTUAL.

«Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 2040 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:» El Liquidador de la entidad deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, el cual deberá contener la información que establezca ese Ministerio.

Los procesos judiciales y demás reclamaciones que estén en trámite al cierre de la liquidación que se ordena en el presente decreto, respecto de las funciones que asumirá la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Para fiscales de la Protección Social - UGPP, estarán a cargo de esta entidad. Los demás procesos administrativos estarán a cargo del Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO 1o. *El archivo de procesos y de reclamaciones terminados y sus soportes correspondientes, será entregado al Ministerio del Interior y de Justicia debidamente inventariado con una técnica reconocida para tal fin, conjuntamente con una base de datos que permita la identificación adecuada.*

PARÁGRAFO 2o. Con el propósito de garantizar la adecuada defensa del Estado, el Liquidador de la entidad, como representante legal de la misma, continuará atendiendo, dentro del proceso de liquidación y hasta tanto sean entregados a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Para fiscales de la Protección Social - UGPP o al Ministerio de la Protección Social, según corresponda, conforme a lo previsto en el presente decreto, los procesos judiciales inventariados y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término.

PARÁGRAFO 3o. Los contratos vigentes al adoptarse la orden de disolución y liquidación, que tengan por objeto la defensa judicial de la entidad intervenida, se podrán continuar ejecutando y se pagarán con cargo a los gastos de administración de la liquidación.

PARÁGRAFO 4o. La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferirá al Ministerio de la Protección Social y a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Para fiscales de la Protección Social - UGPP, los recursos necesarios para cumplir a cabalidad la función prevista en el Inciso Segundo del presente artículo». (Resalta la Sala)

La norma es clara al afirmar que Cajanal debía pagar todas las obligaciones anteriores, presentadas al inicio de la liquidación y las que se le presentaron estando en proceso de liquidación, precisando que las obligaciones que no alcanzará a pagar Cajanal, y las que estén en trámite al cierre de la liquidación, estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Posteriormente el presidente de la República expidió el Decreto 575 del 22 de marzo de 2013 «Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y se determinan las funciones de sus dependencias», en dicha normativa entre otras, se estableció lo siguiente en relación con su objeto así:

«**ARTICULO 2o. OBJETO.** En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

Así mismo, la entidad tiene por objeto efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.»

Aunado a lo anterior, el órgano de cierre de esta jurisdicción al resolver un conflicto negativo de competencia¹ estableció:

*«En conclusión, la UGPP asumió íntegramente las competencias misionales que antes eran de CAJANAL y remplaceó procesalmente a la extinta entidad con el fin de garantizar el ejercicio y la continuidad de la defensa judicial, técnica y material en los procesos que estaban en trámite al cierre de la liquidación de la Caja. (...) De otra parte, el Patrimonio Autónomo CAJANAL EICE en Liquidación Procesos y Contingencias No Misionales debe ser descartado para asumir la competencia en el asunto, pues su capacidad legal se restringe exclusivamente al objeto y finalidad establecidos en el contrato de fiducia. Es decir, solo procedería el pago por dicho Patrimonio, si el señor C.M. hubiera sido un acreedor reconocido dentro del proceso de calificación y graduación de acreencias, situación que no se verificó en este asunto. De igual forma, observa la Sala que el MINSALUD no tiene competencia sobre las responsabilidades que generan el cobro exigido por el jubilado, pues como rector del Sistema General de Protección Social, no es administrador de los temas pensionales o de la nómina de pensionados de la extinta CAJANAL. (...) Siendo los fallos judiciales un todo, y debiendo cumplirse íntegramente la competencia para pagar los intereses de mora ordenados por el fallo judicial del Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Pasto deberá ser asumido por quien haya continuado con el conocimiento de las funciones misionales y procesales de la extinta entidad. (...) **En consecuencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP es la entidad que debe asumir la competencia para el pago de los intereses moratorios generados con la demora en el cumplimiento de la sentencia judicial dictada por el Juzgado Octavo (8) Administrativo del Circuito de Pasto el 20 de octubre de 2009, y reconocidos por CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación en la Resolución 044481 de 17 marzo de 2011.**»(Negrillas de la Sala).*

Así las cosas, se tiene que no le asiste razón al apoderado de la entidad ejecutada al afirmar que la responsabilidad del pago de los intereses no le corresponde a la Ugpp y que carecen de legitimación en la causa, ya que conforme a la directriz planteada por el Consejo de Estado, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, es la sucesora procesal de manera integral de la liquidada Cajanal y por ende, es la llamada a asumir las condenas que se profieran en procesos judiciales contra Cajanal, entre ellos los intereses moratorios.

De otra parte, se tiene que los intereses moratorios son aquellos que se causan como consecuencia del pago tardío de una obligación, en este caso, por el cumplimiento extemporáneo a la sentencia que puso fin al proceso, es decir, que son una especie de

¹ Providencia veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, Rdo.11001-03-06-000-2015-00150-00(C), conflicto de competencias administrativas – entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, y el Ministerio de Salud y Protección Social MINSALUD / pago de intereses moratorios – Autoridad competente para efectuar el pago ordenado a la extinta CAJANAL.

indemnización a la que tiene derecho el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, esto es, por existir un retraso en la ejecución de la obligación.

En lo que respecta a los intereses moratorios por el cumplimiento tardío de la sentencia que pone fin al proceso, el artículo 177 del entonces Código Contencioso Administrativo, aplicable por ser la norma vigente al momento de quedar ejecutoriadas las providencias cuya ejecución se deprecia, establecía que *«Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término²»*. Así mismo previó que *«...tales condenas serán ejecutables dieciocho (18) meses después de su ejecutoria»*.

De la anterior normativa se colige que, en tratándose de condenas impuestas a entidades públicas consistentes en sumas de dinero, el entonces Código Contencioso Administrativo indicaba que las mismas eran ejecutables 18 meses después de su ejecutoría, sin embargo, los intereses moratorios, tal y como lo determinó la sentencia de la Corte Constitucional anteriormente transcrita, corren a partir de la ejecutoria de la sentencia que puso fin al proceso.

En ese orden de ideas, y luego de efectuar el estudio probatorio correspondiente, la Sala arriba a la conclusión de que la entidad ejecutada adeuda al señor Pedro Julio Rodríguez Sánchez, la suma de dinero correspondiente a los intereses moratorios, por cuanto se evidencia que el título ejecutivo arrimado al proceso ordenó a la extinta Cajanal hoy Ugpp la reliquidación de la pensión de la ejecutante en los términos del artículo 177 del C.C.A., obligación que conforme se observa en la Resolución 17765 del 7 de mayo de 2009, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E, fue ordenada en el artículo segundo, pero finalmente nunca fue reliquidada ni cancelada.

Lo anterior, por cuanto del análisis integral del proceso no se evidencia que se hubiera efectuado el pago de dichos intereses (en la liquidación de la obligación los intereses moratorios fueron tasados en 0,00 folios 34 a 36) y por el contrario se tiene que el recurso de

² Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-188 de 1999.

apelación fue motivado en la falta de legitimidad de la Ugpp para efectuar el pago, aspecto que conforme se expuso líneas atrás ya está zanjado.

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 modificará la sentencia de primera instancia.

La presente modificación se efectúa por cuanto si bien es cierto se comparte el criterio del *a-quo* en cuando a la falta de prueba del pago de los intereses moratorios, también lo es que el juez de primera instancia se pronunció sobre las excepciones de: caducidad y prescripción, las cuales se rechazarán de plano toda vez, que en el proceso ejecutivo cuando el título proviene de una sentencia judicial como ocurre en este caso, las únicas excepciones que pueden interponerse son las establecidas en el artículo 442 del Código General del Proceso. En ese orden, como las excepciones precitadas no se encuentran enlistadas en dicha normativa, se concluye que las mismas resultan improcedentes.

Ahora, si bien el juez ya se había pronunciado en este sentido sobre la improcedencia de las excepciones, en la sentencia se pronunció nuevamente sobre la ocurrencia de la caducidad y prescripción y resolvió negar todas las excepciones, cuando lo correcto era haberlas rechazado de plano. Sobre este aspecto puntual y pese a que la intención no es modificar lo ya resuelto por esta Corporación sobre la no configuración de la caducidad, la Sala considera pertinente precisar que la postura relativa a la suspensión de los términos de caducidad mientras estuvo en proceso de liquidación Cajanal fue reconsiderada recientemente por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de indicar que durante ese periodo no existía suspensión de términos, postura que había sido la inicialmente adoptada por esta colegiatura, pero que en su momento fue reconsiderada conforme a las directrices dadas en ese momento por el superior,

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 2015³,

«[...] 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

³ 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 sensatos, razón por la cual también en ese aspecto se modificará la providencia recurrida.

De otro lado se reconocerá personería al doctor Omar Andrés Viteri Duarte identificado con cédula de ciudadanía 79.803.031 y tarjeta profesional 111.852 D1 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a las facultades conferidas en el poder obrante a folio 342 del plenario, para que actúe en calidad de apoderado judicial de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp.

Igualmente se reconocerá personería a la doctora Mónica Esperanza Tasco identificada con cédula de ciudadanía 1.018.451.024 y tarjeta profesional 302.509 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada sustituta conforme a la sustitución conferida por el doctor Omar Andrés Viteri Duarte obrante a folio 343 del proceso.

Finalmente, atendiendo que durante el transcurso de la apelación de la sentencia objeto de estudio se allegó al proceso la apelación del auto que aprobó la liquidación del crédito, se ordenará a la Secretaria de la Subsección «B» que una vez en firme esta providencia se ingrese el proceso al despacho para resolver dicho asunto.

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 de 28 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Girardot, en el sentido de precisar que se rechazan de plano las excepciones de caducidad y prescripción por improcedentes, conforme se expuso en la motiva.

Segundo.- Confirmar en lo demás.

Tercero.- Reconocer personería al doctor Omar Andrés Viteri Duarte identificado con

cédula de ciudadanía 79.803.031 y tarjeta profesional 111.852 D1 del C.S.J., para que actué en calidad de apoderado principal de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, conforme a las facultades conferidas en el poder obrante a folio 342 del plenario.

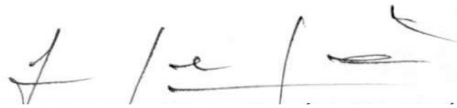
Cuarto.- Reconocer personería a la doctora Mónica Esperanza Tasco identificada con cédula de ciudadanía 1.018.451.024 y tarjeta profesional 302.509 del C.S.J., en calidad de apoderada sustituta de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, conforme al poder obrante a folio 343 del proceso.

Quinto.- Sin condena en costas en las dos instancias, de acuerdo con la considerativa.

Sexto.- Ejecutoriada esta providencia, **ingrésese** nuevamente el expediente al despacho para resolver la apelación del auto relativo a la liquidación del crédito.

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., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502720160033201
Demandante : **Margarita del Socorro Sotelo Guzmán**
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 25 de julio de 2018 proferida en audiencia por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual ordenó seguir adelante la ejecución.

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fls. 2 a 9) la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán, 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 Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 28 de octubre de 2010, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 2 de diciembre de 2010.

Fundamentos fácticos.- La parte ejecutante como soporte de la demanda ejecutiva, señaló los siguientes hechos:

Mediante sentencia judicial proferida el 21 de agosto de 2009, por el Juzgado Veintisiete

Administrativo del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 28 de octubre de 2010, se condenó a la ya liquidada Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL – EICE, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán, tomando como base la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

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 derecho de petición del 24 de febrero de 2011 solicitó el cumplimiento del fallo judicial.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, mediante Resolución UGM 032707 del 13 de febrero de 2012 dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Veintisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de reliquidar la pensión de jubilación del actor.

En junio de 2012 Cajanal reportó al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional la novedad de inclusión de nómina de la anterior resolución cancelando el pago de diferencia de mesadas atrasadas e indexación.

Mandamiento de pago.- (folios 60 a 63). Mediante providencia de 11 de agosto de 2017, el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito 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 de la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán por la suma de:

« [...] Por la suma de QUINIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 523.061,62) M/CTE por concepto de intereses comerciales remuneratorios en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

Por la suma de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$9.340.205,87)MCTE, por concepto de intereses moratorios en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. [...]»

Contestación de la demanda.- (fs. 67 a 73). 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»*.

Además solicitó la no continuación de la ejecución del mandamiento ejecutivo y dar por terminado el proceso, debido a que la encargada de reconocer dichas sumas de dinero es la extinta CAJANAL EICE en Liquidación, a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de julio de 2018 (fs. 93 a 98), al considerar que de la interpretación armónica de la jurisprudencia y los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, puede entenderse que las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia siempre cuentan con el plazo de 30 días, contados desde su comunicación, para adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, y en dicho plazo se deben cancelar intereses comerciales y no moratorios, pues no de otra manera podría compaginar el mandato del artículo 176 con la previsión del artículo 177, después de la declaratoria de inexecutable de las expresiones arriba aludidas, ya que no tendría sentido lógico que el legislador le conceda a las entidades el término de 30 días para que acaten el fallo y a su vez se les condene con el pago de los intereses resarcitorios.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Ugpp interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que la entidad que representa allegó fórmula conciliatoria en la que reconocía los intereses moratorios reclamados en este proceso, bajo la tesis adoptada por la Sala de Servicio y

Consulta Civil del Consejo de Estado, que es la aceptada por el comité de conciliación de la entidad que apodera.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido la misma audiencia del 25 de julio de 2018 (f. 93 a 98) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 18 de enero de 2019 (f. 111), 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. 113), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte ejecutada.

Entidad ejecutada.- (fs. 120 y 21). Además de reiterar en los argumentos del recurso de apelación, explicó que en cumplimiento de la orden judicial la entidad aplicó el Decreto 2469 del 22 de diciembre de 2015, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que reglamenta el trámite para el pago de 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 arroja un valor a pagar de \$ 2.747.450,04 valor ofrecido por parte de la Entidad a la ejecutante, valor que esta no aceptó.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia de 25 de julio de 2018 (fs. 93 a 98), a través de la cual el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de mérito y ordenó seguir adelante con la ejecución.

Problema jurídico.- Se contrae a determinar si a la 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, 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 CPACA 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.

Pruebas obrantes en el plenario que guardan relación con el problema jurídico.-

- Sentencia del 21 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá mediante la cual se ordenó la reliquidación de la pensión jubilación de la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán (folios 11 a 22).
- Sentencia del 28 de octubre de 2010, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se confirmó la sentencia del 21 de agosto de 2009, que accedió a las pretensiones de la demanda (folios 24 a 30).
- Resolución UGM 032707 del 13 de febrero de 2012, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., en la que se dio cumplimiento a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 28 de octubre de 2010, elevando la cuantía de la pensión devengada por la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán (folios 38 a 44).
- Respuesta al derecho de petición con radicado N° 20135141251502 en el que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, informó que ya se dio cumplimiento al fallo y que los intereses moratorios no son de su competencia sino del fondo reconocedor, puesto que dichas sumas de dinero no son inherentes al reconocimiento pensional (folio 46).
- Liquidación efectuada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que se puede verificarla liquidación de las diferencias pensionales, pero no se canceló ningún saldo por concepto de intereses moratorios (folios 48 a 51).
- Reclamación del 24 de febrero de 2011 presentada por la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán ante la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E., a fin de que se diera cumplimiento a la sentencia del 21 de agosto de 2009 confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 32 y 33).
- Liquidación de intereses moratorios aportados por la parte demandante (folio 53).

Caso concreto.- Adentrándonos al caso concreto se precisa que lo perseguido por la 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.

Los intereses moratorios son aquellos que se causan como consecuencia del pago tardío de una obligación, en este caso, por el cumplimiento extemporáneo a la sentencia que puso fin al proceso, es decir, que son una especie de indemnización a la que tiene derecho el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, esto es, por existir un retraso en la ejecución de la obligación.

En lo que respecta a los intereses moratorios por el cumplimiento tardío de la sentencia que pone fin al proceso, el artículo 177 del entonces Código Contencioso Administrativo, aplicable por ser la norma vigente al momento de quedar ejecutoriadas las providencias cuya ejecución se deprecia, establecía que *«Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término¹»*. Así mismo previó que *«...tales condenas serán ejecutables dieciocho (18) meses después de su ejecutoria»*.

De la anterior normativa se colige que, en tratándose de condenas impuestas a entidades públicas consistentes en sumas de dinero, el entonces Código Contencioso Administrativo indicaba que las mismas eran ejecutables 18 meses después de su ejecutoría, sin embargo, los intereses moratorios, tal y como lo determinó la sentencia de la Corte Constitucional anteriormente transcrita, corren a partir de la ejecutoria de la sentencia que puso fin al proceso.

Ahora bien, la apoderada 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 que la entidad que representa aportó formula conciliatoria pero que esta no fue aceptada por la parte ejecutante.

¹ Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-188 de 1999.

Al respecto, para la Sala es claro que la entidad ejecutada reconoció que adeuda los intereses moratorios derivados de las sentencias del 21 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá y del 28 de octubre de 2010, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se ordenó la reliquidación de la pensión jubilación de la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán.

Por tanto, no existe discusión en torno a si se adeudan o no dichos intereses, sino en cuanto a la fórmula de liquidación, frente a lo cual debe aclararse que la parte ejecutada no cuestionó la liquidación realizada por el *a quo* sino que se limitó a decir que su entidad había mostrado su interés en conciliar y que la ejecutante no la aceptó.

Si bien en la sustentación de dicho recurso la apoderada de la ejecutada manifestó que su entidad había acogido la fórmula de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, nada dijo sobre la diferencia entre una y otra liquidación, y en todo caso narró que ya existía una fórmula por parte de la ejecutada previo a la sentencia, pero nunca cuestionó la realizada por el juzgado, es decir, que para la Sala no existió una verdadera impugnación de la sentencia del 25 de julio de 2018 bajo examen, o por lo menos no logró comprenderse así de la sustentación del recurso realizada en audiencia por la apoderada de la ejecutada.

En relación con la liquidación de los intereses moratorios debe señalarse que si la parte no se encontraba de acuerdo con la forma en que el juez de primera instancia efectuó la liquidación debía señalar las razones de su inconformidad, ya que la función del juez de segunda instancia cuando se trata de único apelante es verificar dichas razones de inconformidad y verificar la actuación del inferior pronunciándose solamente sobre las alegaciones presentadas en el recurso de apelación. Sin embargo en este caso no existe como tal un cuestionamiento de la sentencia emitida por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá, sino una postura definida de la ejecutada en torno a que ella ya realizó su liquidación acogiendo la fórmula adoptada por el comité de conciliación de su entidad y ya, es decir no se vislumbra cuál es el defecto de la sentencia emitida por el juez.

En ese orden de ideas, y luego de efectuar el estudio probatorio correspondiente, la Sala arriba a la conclusión de que la entidad ejecutada adeuda a la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán, la suma de dinero correspondiente a los intereses moratorios, por cuanto se evidencia que el título ejecutivo arrimado al proceso ordenó a la extinta Cajanal hoy Ugpp la reliquidación de la pensión de la ejecutante en los términos del artículo 177 del C.C.A., obligación que conforme se observa de las piezas procesales obrantes en el plenario como la liquidación de las sentencias que conforman el título ejecutivo y de la misma aceptación de la ejecutada no ha sido cancelada.

Finalmente, debe indicarse que el valor final que debe cancelar la entidad ejecutada por concepto de intereses moratorios es el que resulte de la aprobación de la liquidación del crédito, etapa en la cual las partes volverán a tener la posibilidad de presentar sus liquidaciones y cuestionar la de la contraparte y será el juez el que las apruebe o impruebe.

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.

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 2015²,

«[...] 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 sensatos, razón por la cual en ese aspecto se modificará 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,

FALLA:

Primero.- Confirmar la sentencia de 25 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito de Bogotá, que ordenó seguir adelante con la

² 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.

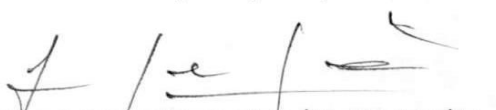
ejecución dentro de la demanda instaurada por la señora Margarita del Socorro Sotelo Guzmán contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, de conformidad con las razones expuestas.

Segundo.- Sin condena en costas en las dos instancias, de acuerdo con la considerativa.

Tercero.- Ejecutoriada esta providencia, **regrésese** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

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

LC



Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501920180001601
Demandante : **José Álvaro Perdomo Medina**
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reliquidación pensión con tiempos posteriores al retiro del servicio y reconocimiento pensional

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 147 a 149), contra la sentencia del 3 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito de Bogotá, a través de la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia (fs. 137 a 143).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 33 a 41). El señor José Álvaro Perdomo Medina, 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 parcial de la Resolución 24767 del 19 de mayo del 2006 que le reconoció pensión de vejez y la nulidad total de las Resoluciones RDP 024479 del 9 de junio de 2017 que le negó la reliquidación de su pensión y RDP 034708 del 6 de septiembre de 2017 que resolvió un recurso de apelación confirmando la negativa de reliquidación pensional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada i) reliquidar la pensión jubilación tomando el ingreso base de liquidación equivalente al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de prestación de servicios (de octubre 2/2015 al 3 de octubre/2016), incluyendo todos los factores salariales

devengados: ii) de tener derecho a factores sobre los cuales no se hubiere cotizado, ordenar descontar tales aportes; iii) pagar debidamente indexado el retroactivo pensional dejado de cancelar desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia; iv) cancelar intereses moratorios; v) en caso de descontarse aportes se aplique la prescripción trienal; y v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.

Fundamentos fácticos.- El demandante relató como soporte del presente medio de control los siguientes hechos:

Laboró en el servicio público desde el 1 de octubre de 1970 hasta el 30 de noviembre de 2005.

Cajanal mediante la Resolución 24767 del 25 de mayo de 2006, le reconoció pensión atendiendo las previsiones del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios, por lo que es beneficiario del régimen de transición.

A través de la Resolución 2355 del 7 de diciembre de 2007 y Resolución 1608 del 29 de diciembre de 2010, se reincorporó a la Cámara de Representantes y Senado de la República hasta el 2 de octubre de 2016, fecha de su retiro definitivo. Su incorporación obedeció al aumento del monto de su pensión.

En derecho de petición con radicado SOP201701012065 del 21 de marzo del 2017, solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los aportes salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, entre octubre de 2015 a octubre de 2016.

En Resolución RDP 024479 del 9 de junio de 2017 la Ugpp negó la reliquidación de la pensión de vejez. Contra el anterior acto interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la Resolución RDP 034708 del 6 de septiembre de 2017.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. – Consideró que en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad resulta más beneficioso para los servidores públicos

la aplicación del régimen de transición con las normas anteriores más favorables como expresamente lo dispone el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no son otras que el Decreto 1045 de 1978, que regula los factores salariales y prestaciones sociales de los servidores públicos del orden territorial, entre ellas las obligaciones pensionales se liquidarán conforme lo determina el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 5 del decreto reglamentario 1743 de 1966 determina que a partir del 23 de abril de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o invalidez que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados en el último año de servicios.

Explicó que la providencia SU-230/15, al definir de manera clara el alcance de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 examinó la situación de un trabajador que si bien era beneficiario del régimen de transición y por ello se regía en cuanto a la edad, tiempo y monto de la mesada pensional por la Ley 33 de 1985.

Contestación de la demanda. - (fs. 99 a 117) 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 al actor no le asiste derecho alguno a que se le reliquide la pensión reconocida.

Señaló que independientemente de lo contemplado en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, únicamente habrá lugar a la reliquidación de la pensión, cuando un pensionado se reintegra al servicio oficial en uno de los cargos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

De otro lado explico que la liquidación realizada se encuentra ajustada a derecho porque se realizó de acuerdo a lo consagrado en la Ley 33 de 1985, lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo consagrado en su decreto reglamentario 1158 de 1994, tomando los factores sobre los cuales el causante realizó aportes al Sistema de Seguridad Social.

Además propuso las excepciones de i) inexistencia del requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa (conciliación prejudicial), numeral 5 del artículo 100 del CGP; ii) cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación de reliquidar de la pensión; iii) inexistencia

de vulneración de principios constitucionales y legales; iv) ausencia de vicios en los actos administrativos demandados; v) imposibilidad de condena en costas; vi) prescripción; imposibilidad del pago de intereses moratorios; vii) caducidad de la acción; viii) solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018 (fs. 137 a 143), negó las pretensiones de la demanda al colegir que la reliquidación de la pensión de vejez del demandante en un 75% de lo devengado durante su último año de servicios, por el periodo comprendido entre el 2 de octubre de 2015 al 3 de octubre de 2016, momento que se identifica con su reintegro al servicio para desempeñar el cargo de asistente III de una Unidad de Trabajo Legislativo en el Congreso de la República; no puede conducir a la reliquidación pensional reclamada puesto que, se encuentra estrictamente proscrito el reintegro de los pensionados al servicio público, salvo para determinados cargos, sin que el cargo por él desempeñado cuente con alguna de esas salvedades.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante.- (fs. 147 a 149) Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y solicitó revocar la decisión de primera instancia al considerar que la sentencia C 331 del 2000, resulta inaplicable ya que se reincorporó al servicio desde el 2007, y en dicha fecha el precedente no existía para el fundamento jurisprudencial, máxime cuando en tratándose en asuntos provisionales la norma aplicable es la existente vigente a la fecha de la causación del derecho.

Indicó que el Decreto 2400 de 1968 y 950 fueron derogadas tácitamente por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el pronunciamiento del Consejo de Estado en Concepto 186 del 26 de marzo de 1996 siendo viable acceder al desempeño de cargos públicos siempre que no exista edad de retiro forzoso.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue concedido por auto del 28 de septiembre de 2018 (f. 151) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 14 de enero de 2019 (f. 155), 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 15 de marzo de 2019 (f. 157), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la parte demandada.

Parte demandada.- (fs. 158 a 168) Insistió en lo señalado en la contestación de la demanda y agregó que al señor José Álvaro Perdomo Medina, se le liquidó la mesada pensional de conformidad con el régimen que le resultaba más favorable, siendo este el consagrado en las disposiciones de la Ley 100 de 1993 artículo 36. Posición que encuentra su respaldo en la sentencia C-168 de 1995, emitida por la Corte Constitucional, a través de la cual se declaró exequible el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que mantuvo incólume el ingreso base de liquidación previsto esta norma.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ 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 José Álvaro Perdomo Medina, le asiste razón jurídica, o no, para reclamar de la Ugpp el reajuste o reliquidación de su pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

¹ «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, 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 el régimen de transición y la normativa especial de las personas jubiladas que se reincorporan al servicio.

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 2001².

Esa misma Colegiatura, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015³, 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.

² Corte Constitucional, sentencia T-030 del dieciséis (16) enero de dos mil uno (2.001) M.P. Alejandro Martínez Caballero

³ Corte Constitucional, sentencia SU-230 del veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

De manera posterior, fueron expedidas las sentencias SU-427 de 11 de agosto de 2016⁴, SU-210 de 4 de abril de 2017⁵, SU-395 de 22 de junio de 2017⁶ y SU-023 del 5 de abril de 2018⁷, 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 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:

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-427 del once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU- 210 del cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017), M.P. José Antonio Cepeda Amarís

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-395 del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-023 del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Carlos Bernal Pulido

- 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 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.

Régimen especial reincorporados servicio público ya jubilados.-

Sobre el particular la Sala precisa que el derecho de los pensionados estatales a que se les reajuste la pensión en virtud de haber sido reincorporados al servicio público, fue establecido en forma general para todos los pensionados por servicios a una o más entidades de derecho público, por medio del Artículo 4° de la Ley 171 de 1961, el cual establece:

«Artículo 4°. Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.

La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales a subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

Parágrafo. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada sólo se causará a partir de dicha vigencia.»

Consecutivamente el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificó las normas que regulaban la administración del personal civil que prestaba sus servicios en la rama ejecutiva del poder público y los restringió exclusivamente a los cargos enlistados en su inciso 2°, así:

«Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968- El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro,, secretario general de ministro, o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembros de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años».

Así las cosas, el derecho al estudio de la pensión de jubilación ya reconocida, se limitó a los pensionados que se hayan desempeñado en alguno de los mencionados empleos y a aquellos que el Gobierno Nacional, por necesidades del servicio, estableciera.

Por su parte, en el Artículo 78 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, se reprodujo la prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial prevista en el artículo precedentemente transcrito, así como las excepciones referentes a los cargos en que tal reincorporación era viable, esto es, aquellos empleos respecto de los cuales no operaba esa prohibición, precisándose que además de los enlistados, quedaban excluidos de la misma *los demás empleos que el Gobierno Nacional señale conforme a la facultad que al efecto le confiere el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968*», prerrogativa cuyo ejercicio, como se observa, se condicionó a la existencia de necesidades del servicio.

Posteriormente el Decreto 583 de 1995, *«por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial»*, agregó:

«ARTICULO 1°. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirá la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia total de la prestación social.»

El artículo precedente debe interpretarse en conjunto con la disposición contenida en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

«Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARÁGRAFO. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.»

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, estableció que la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 4° de la Ley 171 de 1961, porque los mandatos allí contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que en lo relativo al reintegro del pensionado al servicio público y al derecho a la reliquidación de la pensión no fue objeto de regulación en aquella y a renglón seguido indicó:

«Es más, el nuevo régimen de pensiones en nada se opone a las previsiones legales que regulan dicha reincorporación y el aludido derecho, en razón de que la reincorporación al servicio de un pensionado, aun cuando de alguna manera atañe a la cuestión relativa a la seguridad social, tiene una incidencia directa en lo que concierne a la función pública, en cuanto a la posibilidad de un nuevo acceso al servicio público de quienes antes estuvieron incorporados a éste y se retiraron para gozar de una pensión. (...)»

Las anteriores consideraciones permiten concluir que la reincorporación al servicio de una persona que adquiere el status pensional y le es reconocida su prestación es una situación excepcional que sólo procede para ocupar los cargos taxativamente contemplados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular establecidos por el Decreto 583 de 1995.

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

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Álvaro Perdomo Medina, en la que consta que nació el 21 de noviembre de 1950 (folio 3).
2. Resolución 24767 del 25 de mayo de 2006, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a favor del señor José Álvaro Perdomo Medina, pensión de vejez en cuantía de \$ 529.101,07, a partir del 1 de diciembre de 2005 (folios 4 a 8).
3. Solitud de suspensión del pago de la pensión reconocida en la Resolución 24767, presentada por el señor José Álvaro Perdomo Medina ante la Caja Nacional de Previsión Social, en razón a que fue nombrado en la Cámara de Representantes a partir del 10 de diciembre de 2007 (folio 129).

4. Resolución 2355 del 7 de diciembre de 2007, por medio de la cual la Cámara de Representantes nombró al señor José Álvaro Perdomo Medina, en el cargo de asistente III de la Unidad de Trabajo Legislativo, con una asignación básica de \$ 2.168.500 (folio 9).
5. Resolución 1608 del 29 de diciembre de 2010, en la que el Senado de la República Dirección General Administrativa, nombró al señor José Álvaro Perdomo Medina, en el cargo de asistente grado II dentro de la Unidad de Trabajo Legislativo (folio 10).
6. Resolución 998 del 28 de septiembre de 2016, emitido por el Senado de la República Dirección General Administrativa, en la que aceptó la renuncia del señor José Álvaro Perdomo Medina del cargo de asistente grado II, a partir del 3 de octubre de 2016 (folio 11).
7. Derecho de petición presentado por el señor José Álvaro Perdomo Medina ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en el que solicitó el reconocimiento de los aportes efectuados por reintegro al servicio público por más de tres años y en consecuencia el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores salariales o ingresos recibidos durante el último año de servicios, por ser beneficiario del régimen de transición (folios 12 y 13).
8. Resolución RDP 024479 del 9 de junio de 2017, a través de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, negó la reliquidación pensional solicitada por el señor José Álvaro Perdomo Medina (folio 15 y 16).
9. Recurso de apelación presentado por el señor José Álvaro Perdomo Medina contra la anterior resolución (folio 17 a 19).
10. Resolución 034708 del 6 de septiembre de 2017, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, en la que confirmó en todas sus partes la Resolución RDP 024479 (folios 21 y 22).
11. Certificado suscrito por el jefe de la sección de registro y control del Senado de la República en el que constan los factores devengados por el señor José Álvaro Perdomo Medina durante los años 2011 a 2016, en el que consta que durante el último año de servicios devengó sueldo básico, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación servicios, indemnización vacaciones y bonificación especial

recreación (folios 23 y 24).

12. Formato 1 certificado de información laboral del señor José Álvaro Perdomo Medina, en el que consta que laboró desde el 3 de enero de 2011 hasta el 2 de octubre de 2016 en el Senado de la República y donde constan los factores salariales devengados en ese interregno de tiempo (folios 27 a 30).
13. Reliquidación de la pensión de vejez del señor José Álvaro Perdomo Medina, presentada por su apoderado judicial, por el último año de servicios del actor (folio 31).

Caso concreto. Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, se advierte que la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció pensión de vejez al señor José Álvaro Perdomo Medina a través de la Resolución 24767 del 25 de mayo de 2006, en cuantía de \$ 529.101,07, a partir del 1 de diciembre de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Decretos 01 de 1984 y 1158 de 1994.

No obstante, con posterioridad el señor José Álvaro Perdomo Medina solicitó ante Cajanal la suspensión del pago de su pensión, en atención a que fue nombrado en la Cámara de Representantes a partir del 10 de diciembre de 2007. El demandante continuó trabajando para el Senado de la República desde el 3 de enero de 2011 hasta el 2 de octubre de 2016, por lo que solicitó la reliquidación de su pensión por lo devengado en el último año de servicios, esto es, desde el 2 de octubre de 2015 al 3 de octubre de 2016.

Frente a la anterior petición la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp manifestó que dicho pedimento era improcedente ya que los Decretos 583 de 1995 y 2400 de 1968 solo permiten la reliquidación cuando el peticionario se reintegre a alguno de los cargos enunciados taxativamente en la norma, aspecto del cual adolece el actor.

Lo anterior por cuanto como quedó expuesto en el acápite normativo «*la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro,, secretario general de ministro, o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembros de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo [...]*».

Por tanto, como el cargo que desempeñó el accionante no obedece a ninguno de los enlistados, se tiene que el actor no reúne los requisitos para que la revisión de su pensión.

En ese orden, conforme a lo expuesto en la parte normativa de esta providencia, se tiene que a la Rama Ejecutiva del Poder Público les está vedado designar personas retiradas del servicio estatal con derecho a pensión en cualesquiera empleo, salvo los exceptuados en él, o en aquellos que el Gobierno Nacional por necesidades del servicio expresamente exceptúe, siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de 65 años.

Como dentro del plenario no se logró demostrar que el señor José Álvaro Perdomo Medina hubiese desempeñado alguno de los cargos enlistados en la norma precitada, ni que en su acto de nombramiento o posesión se expusieran razones de necesidades del servicio, se arriba a la conclusión de que no es dable otorgar a su nombramiento las consecuencias que en materia de revisión de su pensión de jubilación prevé el Artículo 4° de la Ley 171 de 1961, por cuanto la revisión de la pensión por reingreso al servicio únicamente procede cuando ésta se produce en los cargos enlistados en el artículo citado del Decreto 2400 de 1968, o en aquellos expresamente determinados por el Gobierno Nacional, en razón a las necesidades del servicio.

Por el contrario, revisado el acervo probatorio allegado al expediente, se observa que el demandante se vinculó en el cargo de asistente III de la Unidad de Trabajo Legislativo de la Cámara de Representantes a partir del 10 de diciembre de 2007, esto es, cuando ya ostentaba la calidad de pensionado (folios 4 a 8). Además de resalta que el acto administrativo que le reconoció la pensión no quedó condicionado al retiro del servicio como lo afirmó la parte actora en este proceso, sino que en el mismo se dispuso que el reconocimiento sería a partir del 1 de diciembre de 2005.

Tampoco es cierto que la sentencia C 331 del 2000, no le fuera aplicable al actor debido a que se incorporó en el año 2007, ya que resulta claro que la fecha de la reincorporación fue posterior al precedente.

Finalmente se tiene que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Ugpp, le reconoció al demandante la

pensión de vejez, conforme a la previsión contemplada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, al encontrar que el actor era beneficiario del régimen de transición ya que nació el 21 de noviembre de 1950 y laboró un total de 1614 semanas, por lo que para la entrada en vigencia de citada ley tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicio, adquiriendo su status pensional el 21 de noviembre de 2005.

En esos términos, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, ya que si bien es cierto, se probó que el demandante después de su retiro laboró en la Cámara de Representantes y el Senado de la República desde el año 2007 hasta el 3 de octubre de 2016 de manera interrumpida, también lo es, que el cargo que desempeño con posterioridad a su reconocimiento pensional no le confiere el derecho a la revisión de su pensión de jubilación en los términos del artículo 4° de la Ley 171 de 1961.

Por último, se advierte que no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8.º) 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*.

Por otro lado se observa que el apoderado de la entidad ejecutada presentó renuncia al poder (folio 169). Igualmente se evidencia que a folios 173 a 196 el subdirector de Defensa Judicial Pensional confirió poder amplio y suficiente al doctor Gustavo Enrique Montañez Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía 79.505.485 y tarjeta profesional 129.096 D3, para que actué en calidad de apoderado de la entidad ejecutada, por lo que se le reconocerá personería al citado profesional del derecho.

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 septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso adelantado por el señor José Álvaro

Perdomo Medina contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Uggp, por las razones expuestas en esta providencia.

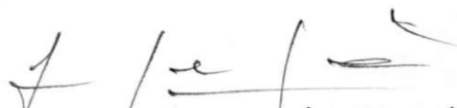
Segundo.- Reconocer personería al doctor Gustavo Enrique Montañez Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía 79.505.485 y tarjeta profesional 129.096 D3, para actuar en calidad de apoderado de la entidad ejecutada, conforme a las facultades conferidas en el poder obrante a folios 173 a 196.

Tercero.- Sin condena en costas.

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 Ortegon Ortegon
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., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-35-026-2017-00356-01
Demandante : **Gloria Emperatriz Cepeda Girón**
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 las partes demandante (fs. 336 y 337) y demandada (f. 328 vto) contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 3 de octubre de 2018 por el Juzgado Veintiséis (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. 317 a 329).

I. ANTECEDENTES

El medio de control.- (fs. 19 a 31) La señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón, 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 **i)** la nulidad parcial de la Resolución 6772 del 13 de septiembre de 2017, por medio de la cual se reliquidó la pensión del accionante y **ii)** la nulidad del acto ficto presunto negativo, ya que la Fiuprevisora S.A. pretendió dar respuesta a la petición radicada el 6 de diciembre de 2016, con el Oficio 20160931428831 del 12 de diciembre de 2016, pero no resolvió la solicitud de fondo.

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; (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 23 de diciembre de 1960 y laboró como docente al servicio del Estado desde el 11 de mayo de 1994 hasta la fecha.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución 3240 del 7 de junio de 2016 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 22 de febrero de 2017, 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 otorgamiento de la misma y a su vez la devolución de los descuentos de salud.

Mediante Resolución 6772 del 13 de septiembre de 2017, se le ajustó la pensión de jubilación, sin embargo, lo anterior no se hizo bajo los parámetros legales establecidos.

Presentó derecho de petición el 6 de diciembre de 2016, con radicado 20160323246192, con el cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por concepto de salud realizados en las mesadas adicionales.

Mediante Oficio 20160931428831 del 12 de diciembre de 2016, la Fiduprevisora S.A. pretendió dar respuesta a la anterior petición, pero no se pronunció sobre lo relacionado 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 administrativos censurados 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 vigor 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.

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 descuento que no es autorizado

y legal en las mesadas adicionales constituyéndose un abuso.

Contestación de la demanda.- (f. 318 vto) La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A. no contestaron la demanda.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia dictada en audiencia inicial el 3 de octubre de 2018 (fs. 317 a 329) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación le asiste derecho a la demandante a que se reliquide su pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, además de incluir en la liquidación la asignación básica, la bonificación mensual y la duodécima parte de la prima de vacaciones, se tengan en cuenta las primas especial, de servicios y de navidad; pero en lo que concierne a los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre, aseguró que no se accederá a dicha pretensión toda vez que esas deducciones están autorizadas en la norma aplicable al momento en que la demandante se vinculó al sector oficial docente.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante.- Interpuso recurso de apelación (fs. 336 y 337), en el sentido de discutir lo referente al descuento de los aportes para pensión por la totalidad del tiempo de la relación laboral de la actora, decisión de la cual no se encuentra de acuerdo pues vulnera el derecho a la igualdad, comoquiera que de llegar a operar dicho descuento, el mismo solo sería procedente no por la totalidad del tiempo de la relación laboral como lo ordena la sentencia, si no por los últimos 5 años contados a partir de la fecha en la cual ordena la reliquidación de la mesada de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario.

La parte demandada.- Interpuso recurso de apelación en audiencia inicial (f. 329 vto), en el sentido de manifestar que reitera lo expuesto en los alegatos de conclusión e indicó que no está de acuerdo con la reliquidación pensional, toda vez que en sentencia del 28 de agosto

del 2018, dejó sin efectos la sentencia del 4 de agosto del 2010. Solicitó que se revoque dicha sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos en audiencia de conciliación celebrada el 29 de enero de 2019 (f. 340 a 342) y admitido por esta Corporación a través de proveído del 6 de septiembre mayo de 2019 (f. 351), 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 julio de 2019, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara (f. 362). Oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante.

Parte demandante.- (fs. 363 a 368) Insistió en los argumentos narrados en la demanda y en el recurso de apelación, en lo referente a que solicita que se ordene la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada y que se suspenda y se reintegren los valores descontados por concepto de salud en la mesada adicional de diciembre.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.- Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problemas jurídicos.- Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón le asiste derecho, o no, para reclamar i) la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año

¹ «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».

anterior a la adquisición del estatus de pensionado y ii) la suspensión y devolución de los descuentos de salud efectuados sobre la mesada pensional adicional de diciembre.

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 la reliquidación de la pensión de jubilación para incluir factores salariales y se confirma en lo demás, 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.

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, 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 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. Descuentos por concepto de salud en las mesadas adicionales.-

Precisado lo anterior, los artículos 50² y 142³ 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».

² «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».

³ «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).

Ahora bien, los descuentos por salud inicialmente se contemplaron, en forma general, en los Decretos 1743 de 1966⁴, 732 de 1976⁵; 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.***

[...]

⁴ 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».

⁵ 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 [...].».*

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 pensional⁶.

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 [...]»⁷.

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.

⁶ 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%).

⁷Modificado, 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» (negrillas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁸, 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

⁸«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.

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»⁹.

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) Resolución 3240 del 7 de junio de 2016 mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la docente Gloria Emperatriz Cepeda Girón una pensión de jubilación, a partir del 24 de diciembre de 2015, fecha en que adquirió su status pensional (fs. 3 a 5).

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

b) Derecho de petición radicado el 22 de febrero 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 devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada y se suspendieran y reintegraran los valores descontados en las mesadas adicionales por concepto de salud (fs. 6 a 8).

c) Resolución 6772 del 13 de septiembre de 2017 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., reliquidó la pensión de jubilación que le fue reconocida a la señora Cepeda Girón en el sentido de incluir como factor salarial de su pensión la bonificación decreto y negó el reintegro de los descuentos por salud en las mesadas adicionales (fs. 9 a 12).

d) Derecho de petición, radicado 20160323246192 del 6 de diciembre de 2016, con el cual la accionante solicitó i) copia de los extractos de pagos y descuentos realizados a su pensión; ii) suspensión y reintegro de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud en las mesadas adicionales (f. 13).

e) Oficio 20160931428831 del 12 de diciembre de 2016 expedido por la Fiduprevisora S.A., con el cual se pretende dar respuesta a la anterior petición, pero únicamente expidió los extractos de pagos y descuentos realizados en la pensión (f. 14).

f) Formato único para expedición de certificado de salarios, del que se desprende que la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón en el periodo comprendido entre el 1.º de enero de 2015 y el 30 de diciembre de 2015 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. 15).

g) Formato único para expedición de certificado de historia laboral, del que se extrae que la aquí demandante está vinculada como docente desde el 15 de septiembre de 1983 encontrándose en estado activo para la fecha de expedición del mismo, esto es, 5 de abril de 2018 (fs. 16 y 17, 61 y 61).

h) Cédula de ciudadanía de la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón, en la que se observa que nació el 23 de diciembre de 1960 (f. 18).

i) Copia del expediente administrativo de la demandante (fs. 82 a 310).

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 6772 del 13 de septiembre de 2017, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio de la cual se ajustó la pensión de jubilación a la actora; y la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la petición del 6 de diciembre de 2016, con la cual se solicitó el reintegro y devolución de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Gloria Emperatriz Cepeda pretende se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, 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 diciembre.

El 3 de octubre 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 reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada. Sin embargo, negó la suspensión y el reintegro de los descuentos de salud que la accionada viene realizando sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre.

Se tiene que tanto la parte demandante como la demandada impugnaron la sentencia antes citada, motivo por el cual la Sala estudiará todo el contenido de la providencia, esto es, tanto lo relacionado con la reliquidación pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el año anterior al status pensional y los descuentos de salud que se efectuaron sobre las mesadas de diciembre.

Ahora bien, en lo concerniente a la **reliquidación de su pensión de jubilación**, se encuentra que para efectos de la liquidación y reajuste de la pensión en mención la entidad accionada tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores denominados asignación básica, la prima de vacaciones y bonificación decreto, los cuales fueron devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionada.

Verificado el certificado de salarios que obra a folio 15 del expediente se vislumbra que la docente Gloria Emperatriz en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 30 de diciembre de 2015 percibió los siguientes factores: asignación básica, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad.

Al respecto, la Sala advierte que la 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 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.° 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 tanto, atendiendo que el inconformismo de la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón radica en que en la liquidación de su pensión no se le incluyeron las primas especial, de servicios y navidad, y que dichos factores no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, se tiene que a la accionante no le asiste derecho al reconocimiento de los factores que demanda, ya que como quedó expuesto, solo habrá lugar a reconocer los factores enunciados en la Ley 62 sobre los cuales se hayan efectuado aportes y como en este caso los factores reclamados por la demandante no están contenidos en dicha normativa, se concluye que el acto administrativo acusado continua gozando de presunción de legalidad.

En consideración a lo expuesto, la Sala modificará la sentencia recurrida en lo que se refiere a este punto, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda incoada por la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los **descuentos por salud en las mesadas adicionales**, lo primero que ha de advertirse es que a la accionante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución 3240 de 7 de junio de 2016.

De acuerdo con la fundamentación legal y jurisprudencial establecida anteriormente, sería del caso acceder a las pretensiones encaminadas a la suspensión y reintegro de los descuentos por concepto de salud que se realicen en las mesadas adicionales, 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.

Sin embargo, dentro del plenario no se encuentra probado que la demandante reciba dichas mesadas adicionales, así como tampoco que a estas se le efectúen descuentos por salud, razón por la cual, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera

instancia que negó las súplicas de la demanda en lo que se refiere a este punto, pero por las razones que aquí se plantean.

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 2015¹⁰, 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

¹⁰ 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).

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 modificará la sentencia del tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en lo referente a la reliquidación pensional por factores salariales, instaurada por la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y 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: Modificar la sentencia del tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018) emitida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió a la reliquidación pensional por factores salariales, de la demanda instaurada por la señora Gloria Emperatriz Cepeda Girón 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: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente	:	25269-33-33-002-2018-00103-01
Demandante	:	Gladys Álvarez Vargas
Demandado	:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	:	Reliquidación pensión de jubilación
Trámite	:	Desistimiento del recurso de apelación

Estando el proceso para dar trámite al recurso de apelación interpuesto¹, la parte demandante por intermedio de apoderada allegó escrito donde manifestó que «[...] **DESISTO** del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por su Honorable Despacho [...]», argumentando que fundamenta la decisión «[...] *en el artículo 316 numeral 2 del Código General del Proceso, aplicable ante la jurisdicción administrativa, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 [...]*». Al respecto:

El artículo 314 del Código General del Proceso, el cual es aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², establece:

«Artículo 314. Desistimiento de las pretensiones.

El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por la demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido

¹ La señora Gladys Álvarez Vargas, parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de 14 de agosto de 2019 (fs. 175 a 183).

² Si bien el artículo 306, hace remisión al Código de Procedimiento Civil, toda vez que el mismo fue derogado, y que mediante Auto N°. 49.299 de 25 de junio de 2014, la Sala Plena del Consejo de Estado resolvió que el Código General del Proceso, tiene vigencia a partir del 1° de enero de 2014, se le dará aplicación a dicha normatividad.

efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo.». (Destaca la Sala)

Igualmente el artículo 315 (numeral 2°), indicó que no podrán desistir de la demanda «los apoderados que no tengan facultad expresa para ello» y el artículo 345 ibídem, prevé que «el auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas».

Revisado el expediente, se evidencia que *i)* en el poder obrante a folios 14 a 16 la señora Gladys Álvarez Vargas le da facultad expresa a la apoderada para, entre otras, **desistir**; y *ii)* el expediente está para dar trámite al recurso de apelación interpuesto, por lo tanto, se tiene que no se ha tomado decisión que ponga fin al proceso.

Así las cosas, se cumple con los requisitos establecidos en los artículos 314 y 315 del Código General del Proceso, para poder desistir del recurso.

Ahora bien, respecto a la **condena en costas**, es necesario tener en cuenta lo establecido en el inciso 3° del artículo 316 de la misma norma, así «[...] el auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió [...]»

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha expresado³:

³ Sección segunda, providencia 26 de junio de 2008, expediente 68001-23-31-000-2002-01143-01 (1725-07), consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

«[...] es claro que el Juez, al momento de decidir si es procedente condenar en costas debe, necesariamente, analizar la conducta de la actora pues, sólo si concluye que ésta actuó de mala fe, en forma temeraria o dilatoria, puede imponer la condena mencionada.

La tesis del Consejo de Estado, ha sido avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 27 de enero de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en los siguientes términos:

[...] El caso presente no sólo existe una Sentencia del Consejo de Estado que recoge la interpretación que el más alto Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa le ha dado a la norma aquí acusada, sino una larga tradición de pronunciamientos que aplican dicha exégesis de la norma. Por eso la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. **Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia,** por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe. Por otro lado, las partes y sus apoderados deben observar los deberes que están enumerados en el artículo 71 del C.P.C.’.

En el sub-examine, la Sala observa que no aparece probado que la conducta de la actora hubiera sido diferente a la de propender por un adecuado ejercicio de su derecho y de ninguna manera la decisión de desistir de la demanda implicó un abuso de su derecho de acceso a la Administración de Justicia; así las cosas, de conformidad con lo anterior es del caso acceder a la solicitud elevada por la apoderada de la Actora, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

Por las razones expuestas, el auto apelado que aceptó el desistimiento de la demanda y condenó en costas a la actora, será revocado parcialmente»⁴.

Es decir, que pese al mandato contenido en el artículo 316 del Código General del Proceso, en el sentido de que en caso de aceptación del desistimiento, se condenará en costas a quien desistió, resulta necesario analizar la conducta de la solicitante, y solo en el evento de que exista temeridad, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia, procede la condena en costas; empero en el presente caso, se advierte que no se aprecia

⁴ En similar sentido, se pronunció la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en providencia de 29 de enero de 2009, expediente 85001-23-31-000-2003-01268-01(1989-08), consejera ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez.

mala fe o temeridad de la parte demandante en el transcurso del trámite del proceso, motivo por el cual no se condenará en costas.

En consecuencia, se

RESUELVE:

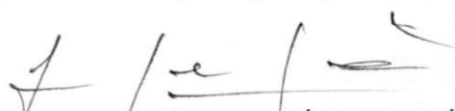
Primero.- Aceptar el desistimiento que la señora Gladys Álvarez Vargas hace del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 14 de agosto de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a lo expuesto.

Segundo.- No condenar en costas, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

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 sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente	25000-23-42-000-2018-01789-00
Demandante	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)
Demandado	Carol Edmundo Bermúdez Ponce
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho – Lesividad
Tema	Reconocimiento de pensión de vejez
Actuación	Citación audiencia inicial

Comoquiera que el accionado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal¹ (fs. 98 a 106), el Despacho fijará fecha para celebrar audiencia inicial conforme lo dispone el artículo 180 (numeral 1°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por último, en atención a que la parte accionada acreditó debidamente la calidad de profesional del derecho de quien contestó la demanda, se le reconocerá personería adjetiva a este último para actuar en el presente proceso.

En consecuencia, se

RESUELVE:

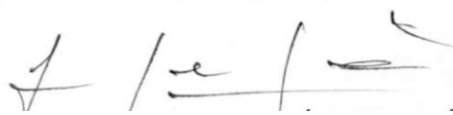
Primero: Téngase por contestada la demanda por parte del señor Carol Edmundo Bermúdez Ponce.

¹ «Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción».

Segundo: Fijese el cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020) a las 3:30 pm., para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 180 (numeral 1°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Reconócese personería a la doctora Marta Inés Espitia Sánchez, identificada con cédula de ciudadanía 35.508.875 y tarjeta profesional número 74.415 del C.S. de la J., para actuar en calidad de apoderada de la parte accionada (folio 97).

Notifíquese y cúmplase,



Luis Gilberto Ortegon Ortegon
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente	25000-23-42-000-2018-02605-00
Demandante	Raúl Cabrales Dávila
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 de pensión gracia
Actuación	Citación audiencia inicial

Comoquiera que el accionado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal¹ (fs. 126 a 136), el Despacho fijará fecha para celebrar audiencia inicial conforme lo dispone el artículo 180 (numeral 1º) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por último, en atención a que la accionada acreditó debidamente la calidad de profesional del derecho de quien contestó la demanda y, teniendo en cuenta que posteriormente se aportó nuevo poder, se le reconocerá personería adjetiva a este último para actuar en el presente proceso.

En consecuencia, se

¹ «Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción».

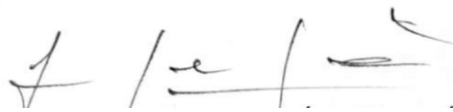
RESUELVE:

Primero: Téngase por contestada la demanda por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp).

Segundo: Fíjese el cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020) a las 2:50 pm., para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 180 (numeral 1°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Reconócese personería a la doctora Johana Patricia Maldonado Vallejo, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.218.435 y tarjeta profesional número 274.853 del C.S. de la J., para actuar en calidad de apoderada de la parte accionada (folios 140 a 149).

Notifíquese y cúmplase,



Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente	25000-23-42-000-2019-00207-00
Demandante	Diego Fernando Barbosa Olarte
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	Reajuste asignación de retiro
Actuación	Citación audiencia inicial

Comoquiera que el accionado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal¹ (fs. 48 a 55), el Despacho fijará fecha para celebrar audiencia inicial conforme lo dispone el artículo 180 (numeral 1°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por último, en atención a que la accionada acreditó debidamente la calidad de profesional del derecho de quien contestó la demanda, se le reconocerá personería adjetiva para actuar en el presente proceso.

En consecuencia, se

RESUELVE:

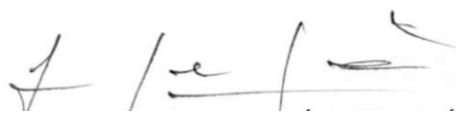
Primero: Téngase por contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

¹ «Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvenición».

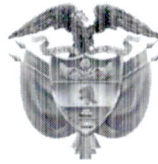
Segundo: Fijese el cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020) a las 2:10 pm., para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 180 (numeral 1°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Reconócese personería a la doctora Sildley Andrea Castañeda Rojas, identificada con cédula de ciudadanía 53.131.985 y tarjeta profesional número 165.090 del C.S. de la J., para actuar en calidad de apoderada de la parte accionada (folios 56 a 61).

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Gilberto Ortegon Ortegon', written over a horizontal line.

Luis Gilberto Ortegon Ortegon
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

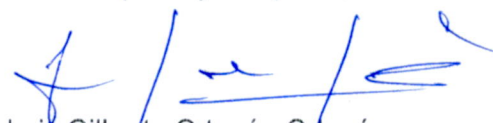
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502720150061201
Demandante : **Martha Cecilia Hernández Martínez**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Reconocimiento y pago de mesada 14
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 134 a 140) contra la sentencia de 29 de marzo de 2019 (fs 110 a 114), proferida por el Juzgado once Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Expediente : 25307-33-40-002-2016-00530-00
Demandante : **Sandra Liliana Rodríguez Cardozo**
Demandado : Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Cesantías retroactivas
Actuación : Corre traslado para alegar

En razón a la congestión que se presenta en los turnos de salas de audiencia, en armonía con los principios de celeridad y economía, el Despacho considera que no resulta indispensable la celebración de la diligencia de alegaciones y juzgamiento prevista en el artículo 247 (numeral 4)¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que dispone correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión por escrito, vencido éste dése traslado del expediente al señor agente del Ministerio Público, por igual lapso, para que rinda el correspondiente concepto.

Finalmente, en consideración a la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante (folio 355), se procedió por secretaria de la Subsección B de éste tribunal, a

1. «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...)

4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior 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. **Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes.** Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente» (resalta el despacho).

realizar los ajustes correspondientes en los sistemas de información y de reparto, para efectos de indicar que el número del proceso corresponde al 25307-33-40-002-2016-00530-00.

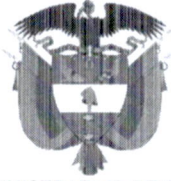
Notifíquese y cúmplase,



Luis Gilberto Ortégón Ortégón
Magistrado

NAFL

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortega Ortega

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000-23-42-000-2017-03671-00
Demandante : **Milena Aranda Ortega**
Demandado : Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E- Unidad de Servicios la Victoria.
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Reconocimiento y Pago de días compensatorios
Actuación : Concede recurso de apelación

Dentro del término legal la parte accionante, mediante escrito de 05 de febrero de 2020 (fs. 316 a 323), interpone recurso de apelación contra la sentencia de 13 de diciembre de 2019 proferida por esta Sala de decisión dentro del proceso de la referencia (fs. 297 a 307).

Comoquiera que la anterior impugnación es procedente conforme a lo pautado en el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se procederá a su concesión.

En consecuencia, se

RESUELVE

Primero.- Para ante el honorable Consejo de Estado, **SE CONCEDE** el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por esta subsección el 13 de diciembre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

Segundo.- Ejecutoriado este proveído, al día siguiente envíese el expediente al honorable Consejo de Estado para que se surta la alzada previa las constancias que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Magistrado

NAFL

¹ «**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...**» (resalta el despacho).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502920170037201
Demandante : **Patricia Eugenia Marín Zuluaga**
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía -CASUR
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Prima de actividad.
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase los recursos de apelación interpuestos y sustentados por las partes -demandante (fs 105 a 106) demandado (fs 83 a 104) contra la sentencia de 20 de septiembre de 2019 (fs 71 a 81), proferida por el Juzgado veintinueve Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-050-2018-00076-01
Demandante : **Wilson Javier Torres Bejarano**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Disciplinario - Reintegro
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 1507 a 1512) contra la sentencia de 26 de noviembre de 2019 (fs 1484 a 1504), proferida por el Juzgado Cincuenta Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

³ Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

³ Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501120180009701
Demandante : **Myriam Sarmiento de Campos**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación-fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Reliquidación pensión por aportes
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 235 a 239) contra la sentencia de 30 de septiembre de 2019 (fs 221 a 233), proferida por el Juzgado once Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

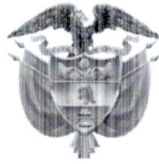
3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001-33-42-056-2018-00186-00
Demandante : **Ángela Carolina Salamanca Pulido**
Demandado : Nación – Rama Judicial- dirección Ejecutiva de la Administración Judicial
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Insubsistencia -Nombramiento en Provisionalidad.
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 586 a 595) contra la sentencia de 23 de enero de 2020 (fs 572 a 579), proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

³ Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

³ Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25307333300320180024001
Demandante : **Laura Inés Acosta de Sánchez y otros**
Demandado : Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Descuento de aportes de salud en mesadas adicionales.
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admítase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandada (fs 75 a 81) contra la sentencia de 21 de agosto de 2019 (fs 63 a 66), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo oral del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

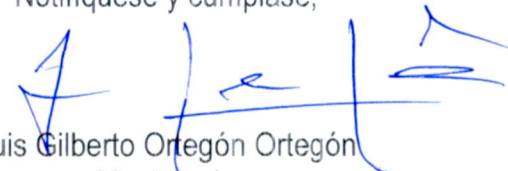
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333500720180030501
Demandante : **Efrén Acero Acero**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Descuentos Salud
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandada (fs 140 a 144) contra la sentencia de 06 de agosto de 2019 (fs 112 a 131), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

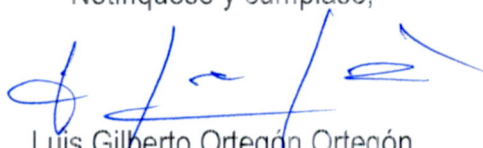
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25899333300120180031201
Demandante : **Gladys Medina Castro**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Descuento a mesadas adicionales
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandada (fs 128 a 133) contra la sentencia de 26 de noviembre de 2019 (fs 113 a 121), proferida por el Juzgado veintinueve Administrativo del Circuito de Zipaquirá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

[...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

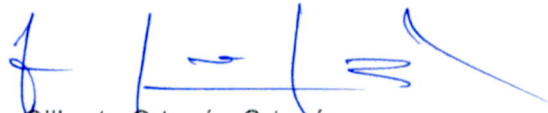
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333501820180031801
Demandante : **Edilson Vargas Duarte**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Sanción Mora
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandada (fs 58 a 59) contra la sentencia de 16 de septiembre de 2019 (fs 46 a 50), proferida por el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

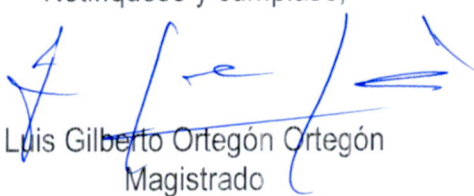
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502920180033201
Demandante : **Luis Fernando Padilla Cubides**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Sanción Mora
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandada (fs 52 a 54) contra la sentencia de 16 de octubre de 2019 (fs 37 a 44), proferida por el Juzgado veintinueve Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión”.

² Artículo 197 del CPACA: “Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico”.

³ Artículo 198 del CPACA: “Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

[...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado”.

⁴ Artículo 201 del CPACA: “Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...”.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502320180036001
Demandante : **Victor Manuel Vega Vega**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa- Dirección General de Sanidad Militar
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Reajuste salarial-Decreto 3062 de 1997.
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 336 a 352) contra la sentencia de 11 de octubre de 2019 (fs 325 a 331), proferida por el Juzgado veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

³ Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

[...]

³ Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

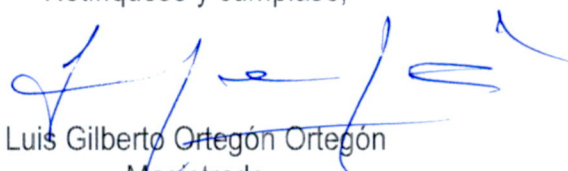
Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001334205220180043701
Demandante : **Berenice Estupiñan Castañeda**
Demandado : Sudred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Contrato Realidad
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase los recursos de apelación interpuestos y sustentados por la parte de los apoderados -demandando (fs. 329 a 337) – demandante (fs 338-342) contra la sentencia de 15 de octubre de 2019 (fs 305 a 324), proferida por el Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

³ Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

³ Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortegaón Ortegaón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 25000234200020180017100
Demandante : **Martha Patricia Zambrano Ordoñez**
Demandado : Nación- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Prima técnica- Formación avanzada
Actuación : Concede recurso de apelación

Dentro del término legal la parte accionante, mediante escrito del 24 de enero de 2020 (fs. 242 a 247), interpone recurso de apelación contra la sentencia de 15 de noviembre de 2019 proferida por esta Sala de decisión dentro del proceso de la referencia (fs. 223 a 233).

Como quiera que la anterior impugnación es procedente conforme a lo pautado en el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se procederá a su concesión.

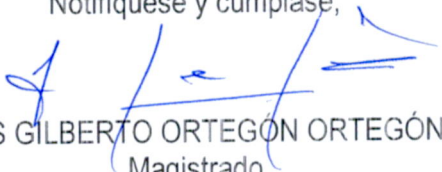
En consecuencia, se

RESUELVE

Primero.- Para ante el honorable Consejo de Estado, **SE CONCEDE** el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por esta subsección el 15 de noviembre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

Segundo.- Ejecutoriado este proveído, al día siguiente envíese el expediente al honorable Consejo de Estado para que se surta la alzada previa las constancias que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,


LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Magistrado

NAFL

¹ «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...» (resalta el despacho).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333502320190001201
Demandante : **Maria del Carmen Sánchez Plazas**
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Reajuste Pensión sustitutiva de invalidez
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 82 a 83) contra la sentencia de 17 de septiembre de 2019 (fs 66 a 80), proferida por el Juzgado veintitres Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,


Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión».

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

[...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Magistrado sustanciador: Luis Gilberto Ortigón Ortigón

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

Expediente : 11001333503020190002801
Demandante : **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**
Demandado : Emira Martinez Ramirez
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema : Lesividad-
Actuación : Admisión recurso de apelación

Admitase el recurso de apelación interpuesto y sustentados por la parte demandante (fs 78 a 80) contra la sentencia de 25 de noviembre de 2019 (fs 73), proferida por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá, en armonía con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 3¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente² este proveído al respectivo agente del Ministerio Público y por estado a las partes de conformidad con los artículos 198 numeral 3³ y 201⁴ de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase,

Luis Gilberto Ortigón Ortigón
Magistrado

¹ «El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión".

² Artículo 197 del CPACA: "Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico".

³ Artículo 198 del CPACA: "Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: [...]

3. Al Ministerio Público...se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado".

⁴ Artículo 201 del CPACA: "Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario...".