

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

Magistrado Ponente: **José María Armenta Fuentes**

Expediente Rad. No. 2017-01910-00

Demandante. Viviana Rojas Santacruz

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Controversia: Reajuste pensión por invalidez y reliquidación de otras prestaciones.

Procede la sala a pronunciarse sobre las excepciones previas propuestas del asunto en referencia, sería del caso que la resolución de estas debía realizarse dentro de la audiencia pública inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020 y en esta norma autoriza adoptar el procedimiento escrito respecto de las actuaciones y decisiones procesales que puedan ser resueltas a partir de las pruebas arrimadas por las partes al expediente, es decir, que no se requiera de otras pruebas adicionales que deban ser decretadas y practicadas para dictar la decisión de que se trate, sea interlocutoria interna o de fondo en el proceso.

En el caso concreto bajo estudio, las excepciones propuestas pueden ser resueltas con los medios probatorios ya aportados al expediente por las partes, por lo que se adoptará la resolución aplicando el decreto que viene citado.

Pretensiones de la demanda

La Señora VIVIANA ROJAS SANTACRUZ, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos DARWIN ANDRES ZAPATA ROJAS, NICOL DAHIARA ZAPATA ROJAS Y VALENTINA ZAPATA ROJAS, todos menores de edad, y beneficiarios del Sargento DEUBERNEY ZAPATA CATRO, mediante apoderado judicial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho exponiendo las siguientes pretensiones:

- Que se declare la nulidad del oficio 20163671152081 de septiembre de 2016; notificado el 12 octubre de 2020 y el oficio 20163171306331 del 29 de septiembre de 2016, notificado el 16 de octubre de 2016.

- Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a reliquidar la hoja de servicios para que se tenga en cuenta y se reconozca el *incremento por IPC*, entre el 01 de enero de 2002 al 25 de febrero de 2015.
- Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar la *indemnización por pérdida de capacidad laboral*, derivada de tomar todos los factores salariales devengados en actividad con el grado de sargento segundo.
- Que se condene a la entidad demandada a reconocer y liquidar las *cesantías por tiempo de servicio* desde el 28 de enero de 1999 al 25 de febrero del año 2015, teniendo en cuenta el incremento del IPC de la segunda pretensión.
- Que se reliquida y pague la *compensación por muerte* con los haberes devengados como sargento segundo.
- Que se reliquida y pague la *mesada pensional de invalidez* con el 95% de los haberes devengados en actividad como sargento segundo.
- Que se reconozca el pago de un día de *salario sanción por retardo* en el pago de pensión de invalidez reconocida al sargento en vida y sustituida a la hoy demandante y a sus hijos.
- Que se reconozca el pago de daños materiales presentes y futuros; así como daños morales tazados en 100 SMLV a favor de la demandante y para cada uno de sus menores hijos.
- Que no se aplique ningún tipo de prescripción a los conceptos reclamados.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

Informa la parte demandante que el señor Duberney Zapata Castro, Sargento Segundo del Ejército se vinculó al servicio como soldado bachiller el día 28 de enero de 1.999, ascendiendo y escalafonándose en los distintos grados militares, hasta el momento de su fallecimiento el día 25 de noviembre de 2.014, cuando ostentaba el grado de Sargento Segundo, siendo la última unidad de trabajo Bogotá, Servicios de Mantenimiento.

Que según certificación expedida por Nómina de fecha 22 de agosto de 2016, contaba con 16 años, 2 meses, pero le contabilizaron años con 360 y no 365 días por año de servicios, es decir, que realmente tuvo 16 años y 6 meses de

servicios comprendidos entre el día 28 de enero de 1.999 y el 25 de febrero de 2015 (incluido los tres meses de alta).

Que el incremento del salario para el año de 2002 se hizo por el sistema de oscilación, quedando el salario disminuido en 1.65% diferencial con el IPC.

Que durante el servicio el causante padeció varias patologías en su salud y la Junta Médica en Resolución No. 68411 de 5 de mayo de 2.014 le determinó pérdida de la capacidad laboral en el 100%. Que le fue reconocida indemnización por valor de \$80.203.428. Estima la demandante que en ese acto administrativo no se tuvieron en cuenta todos los factores o partidas y en los porcentajes indicados en la ley. Lo propio refiere con las cesantías reconocidas con régimen de retroactividad, pero con salario inferior.

Que ha reclamado en instancia gubernativa la reliquidación y se le denegó por medio de los actos administrativos ahora demandados en nulidad en instancia judicial.

Contestación de la demanda instaurada

A folios 126 y subsiguientes del expediente la entidad demandada hizo contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y solicita sean denegadas. Propuso las excepciones previas de caducidad de la acción, prescripción del derecho reclamado e ineptitud sustantiva de la demanda respecto de la sanción moratoria.

En cuanto a la caducidad argumenta debió incoarse la acción dentro de los 4 meses a que se contrae el artículo 164 del C.P.A.C.A, respecto del reajuste a la indemnización liquidada y pagada por disminución de capacidad laboral, por concepto de compensación por muerte, auxilio de cesantías definitivas, y reajuste solicitado por pensión de invalidez; es claro que se refieren estos conceptos a prestaciones únicas por lo que el término hábil para promover control judicial de esos actos era de 4 meses como lo prevé la norma que viene citada.

Igualmente, en relación con la revisión de la pensión por invalidez reconocida y sustituida a la demandante.

Que, en cuanto a la prescripción, el decreto 1211 de 1.990 establece un término de prescripción de 4 años y como quiera que la petición fue presentada más allá de ese plazo, se encontraría eventual derecho prescrito.

Aunado a lo anterior, sustentó que la ineptitud sustantiva de la demanda la hace consistir en que no se indicó la causal de nulidad que se le debió endilgar a los actos demandados.

Añade respecto de la pretensión de sanción moratoria por retardo en el pago de pensión de invalidez, que no se agotó debidamente la instancia administrativa, pues en el derecho de petición génesis de los actos administrativos demandados no se observa pedimento al respecto, por lo que solicita se declara respecto de esa pretensión puntual la ineptitud de demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se advierte que la parte demandada al contestar la demanda propuso excepciones previas de caducidad de la acción, prescripción de derechos en relación con la liquidación de prestaciones (indemnización por compensación por muerte y auxilio de cesantías definitivas) e ineptitud sustantiva de la demanda.

En cuanto hace relación a la exigibilidad de los derechos el ordenamiento ha previsto que debe realizarse dentro de unos plazos preestablecidos en la ley procesal o sustancial, según el caso. No existen derechos indefinidos en el tiempo. El titular debe reclamarlos dentro de las oportunidades habilitadas para ello.

El artículo 48 de la Constitución Política tal como quedó modificado por el Acto legislativo Constitucional No. 01 de 2005, establece que la seguridad social es un servicio público y correlativo derecho fundamental de las personas con las características de ser irrenunciable, inalienable e inconciliable.

Por otra parte, el artículo 164 del C.P.A.C.A, establece que los actos administrativos que reconozcan o denieguen prestaciones periódicas, como lo es por antonomasia la pensión, pueden ser demandados en cualquier tiempo. Por tanto, la acción promovida en cuanto hace referencia a la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación por invalidez del causante señor Duberney Zapata Castro, se ha hecho en oportunidad legal. Por consiguiente, en cuanto a esa pretensión se declarará no probada la excepción de caducidad de la acción.

Respecto del acto administrativo por medio del cual se niega la reliquidación de la prima de actividad del Sargento Segundo Duberney Zapata Castro, del sueldo básico y demás partidas prestacionales, reliquidación de las cesantías por tiempo de servicio de 16 años, reliquidación de la indemnización por pérdida de capacidad laboral del 100% y compensación por muerte del Sargento Segundo DUBERNEY ZAPATA CASTRO. Se tiene que los actos administrativos que pretenden sean estudiados en sede judicial Oficios No 20163171306331 del 29 de septiembre de 2016, notificado según constancia de recibido el 12 de octubre de 2016; el acto administrativo 20163671152081, notificado el 22 de octubre de 2016.

De conformidad con el literal d del artículo 164, del CPACA:

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

Se colige que la oportunidad para la presentación de la demanda debe ser en el transcurso de los 4 meses siguientes a la notificación del acto si se tratara de prestaciones únicas. Pero, como se evidencia en el libelo demandatorio, se peticiona la reliquidación de todas las prestaciones con el ánimo de impactar la base de liquidación de la pensión que le viene reconocida. Así las cosas la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, por lo que se descarta el acaecimiento de la caducidad y de prescripción.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar que la demanda presentada por la señora Viviana Rojas Santacruz e Hijos, con la pretensión de reliquidación de la pensión de invalidez del causante Duberney Zapata Castro, que les viene reconocida en condición de sucesores por causa de muerte, fue promovida en oportunidad legal, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. – Declarar **no probada** la excepción de caducidad de la acción en relación con las pretensiones de reliquidación del salario por incremento de IPC, reliquidación de la indemnización por compensación por muerte liquidadas con base en pérdida de capacidad del (100%), y cesantías definitivas como prestaciones únicas, de conformidad con las consideraciones precedentes.

TERCERO. - Declarar **no** probada la excepción de prescripción del derecho respecto de la pretensión de reliquidación de la indemnización por pérdida de la capacidad y pago por compensación por muerte y auxilio de cesantías definitivas; y, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, de conformidad con las motivaciones precedentes.

CUARTO. -Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para el impulso procesal que corresponda.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado-en sesión realizada en la fecha



José María Armenta Fuentes
Magistrado

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., Veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: José María Armenta Fuentes

Expediente Rad. No. 2.018- 00038 -01

Demandante: LUZ MARINA VELANDIA RODRÍGUEZ.

Demandado: Nación – Mineducación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag.

Controversia: reembolso de aportes del doce (12%) por mesada adicional.

APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo de Bogotá – Cundinamarca, el 23 de abril de 2.019, en el proceso instaurado por LUZ MARINA VELANDIA RODRÍGUEZ, contra La Nación- Mineducación Nal – Fondo Nal de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag, por medio de la cual se resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

La señora LUZ MARINA VELANDIA RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial especial ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, pretendiendo sea declarada la nulidad acto administrativo ficto negativo originado en la falta de respuesta expresa a la petición de fecha 8 de junio de 2.017 por medio de la cual se denegó la devolución de los aportes a seguridad social por concepto de las mesadas pensionales adicionales.

Como restablecimiento del derecho solicita se ordene a la parte demandada a reconocer, liquidar y pagar debidamente indexadas las sumas de dinero descontadas para aportes a salud por concepto de las mesadas pensionales adicionales. Se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA INSTAURADA.

Que ingresó a laborar en el servicio docente del departamento de Cundinamarca – Secretaría de educación del municipio de Facatativá.

Que le fue reconocida pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 584 de fecha 10 de mayo de 2.016. Que Fonpremag, asumió el pago de las pensiones de los docentes pero le ha descontado el 12% por concepto de aportes respecto de la mesada adicional de diciembre.

Que ese descuento lo realiza Fiduprevisora S.A., sobrepasando el tope legal.

Que mediante petición de fecha 8 de junio de 2.017 reclamó la devolución de esos dineros en instancia gubernativa y se le denegó mediante el acto administrativo ficto ahora demandado en nulidad judicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Revisado el expediente se observa que la parte demandada dentro del asunto que viene anotado no hizo contestación de la demanda ni ejerció el derecho de contradicción en otras formas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En primera instancia el proceso le correspondió al Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Facatativá (3º) – Cundinamarca, quien por sentencia de fecha 23 de abril de 2.019 (fls. 49 y ss, del expediente), accedió a las pretensiones de la demanda por encontrar que la pensión de la parte demandante según las disposiciones del Decreto 1848 de 1.969 debía realizar cotizaciones por salud en 5% y en la Ley 91 de 1.989 se indicó a Fonpremag el mismo porcentaje, incluidas las mesadas adicionales.

Que la Ley 812 de 2.003 varió el porcentaje haciendo remisión a la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 369 de 2.004 quedando así establecido que los docentes pensionados harían una contribución con el 12% como cotización en salud.

Que el Decreto 1073 de 2.000 en su artículo 1º expresamente prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. Que la salud de los docentes pensionados se encuentra garantizada por los descuentos realizados a las mesadas pensionales ordinarias.

RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A folios 58 y ss, del expediente se interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando sea revocada, porque estima las pretensiones deben ser denegadas porque por mandato legal los aportes al sistema de seguridad social en salud son de ley y no se admiten excepciones.

Que el artículo 204 de la Ley 100 de 1.993, adicionado por la ley 1250 de 2.008 establecen que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del 1º de enero de 2.008.

PROPOSICIÓN JURÍDICA A RESOLVER EN ESTA INSTANCIA.

De conformidad con la demanda, sentencia e impugnación interpuesta en contra de la sentencia, el Tribunal deberá determinar si la pensionada demandante está o no obligada a realizar aportes al sistema de seguridad social en salud por concepto de la mesada pensional adicional de diciembre como lo postula la Agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el juzgador colectivo a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

Establece el artículo 25 de la Constitución Política, que el trabajo es un derecho fundamental y que goza de especial protección por parte del Estado en todas sus modalidades.

Por otra parte, el artículo 48 constitucional consagra que la seguridad social es un servicio público y correlativo derecho fundamental de las personas, que tiene las características de ser irrenunciable, inalienable, imprescriptible.

Las Leyes 33 y 62 de 1.985, la Ley 100 de 1.993 y el artículo 48 de la Constitución tal como quedó modificado por el Acto Legislativo Constitucional No. 01 de 2.005 prevén que el sistema de seguridad social en pensiones se nutre económicamente de las cotizaciones que hacen los empleados, trabajadores y empleadores.

Es cierto que el artículo 8, numeral 5º de la Ley 91 de 1.989, establecía que los pensionados del servicio docente harían un aporte para el sistema de seguridad social en salud, equivalente al cinco (5%) de las mesadas pensionales, incluida las mesadas adicionales porque no fueron exceptuadas.

La Ley 100 de 1.993, consagra que el monto de las cotizaciones en salud es del 12% del salario o pensión. Esta norma fue complementada por medio de la ley 1250 de 2.008 que estableció:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir de primero de enero de 2.008.”

Debe advertir la Sala, que la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2.004, expresó:

“Una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra, el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto del artículo primero, que es el acusado, **y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, sin que la norma establezca ninguna excepción “corresponderá a la suma de aportes para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1.993 y 797 de 2.003; manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores...(...)”** (negrillas por fuera del texto jurisprudencial).

Finalmente, se observa que expresamente la Constitución consagra que uno de los soportes del sistema de seguridad social lo constituye el principio de solidaridad y

que en consecuencia las cotizaciones afectarán cualquier pago de salario o pensión que se realice, por lo que no existen fundamentos para sustraer de ese cargo a las mesadas adicionales que reciben algunas personas.

Por lo que ha quedado expuesto, el Tribunal revocará la sentencia estimatoria de las pretensiones de fecha 5 de diciembre de 2.018 (fls.49 y ss, del expediente) proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Facatativá - Cundinamarca. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A"**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia estimatoria de las pretensiones de fecha 5 de diciembre de 2.018 proferida por el Juzgado tercero (3º) Administrativo de Facatativá. En su lugar, **Denegar las súplicas de la demanda**, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

TERCERO.- Notificada esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Salvo voto

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE Rad. No. 2017 04656 00

Demandante. Administradora Colombiana de pensiones –COLPENSIONES.

Demandado: Hernán Rodríguez Rodríguez

Controversia: Nulidad acto de reconocimiento de pensión.

Primera instancia.

RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS:

Revisado el expediente se ha advertido que la parte demandada al contestar la demanda hizo la proposición de excepciones previas de caducidad del medio de control, por lo que la resolución de estas debía realizarse dentro de la audiencia pública inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

El Gobierno Nacional ha expedido el Decreto 806 de 4 de junio de 2.020 y en esta norma autoriza adoptar el procedimiento escrito respecto de las actuaciones y decisiones procesales que puedan ser resueltas a partir de las pruebas arrojadas por las partes al expediente, es decir, que no se requiera de otras pruebas adicionales que deban ser decretadas y practicadas para dictar la decisión de que se trate, sea interlocutoria interna o de fondo en el proceso.

En el caso concreto al estudio, la excepción propuesta pueden ser resuelta con los medios probatorios ya aportados al expediente por las partes, por lo que se adoptará la resolución aplicando el decreto que viene citado.

DEMANDA:

La Administradora Colombiana de PENSIONES - Colpensiones, ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Hernán Rodríguez Rodríguez, pretendiendo sea declarada la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le reconoció la pensión de jubilación y se le ordenó el pago de un retroactivo pensional.

A título de restablecimiento demanda se le ordene al demandado reintegrar las sumas de dinero pagadas en exceso, debidamente indexadas.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

Informa la parte demandante que el demandado nació el día 20 de febrero de 1.957. Que se acreditaron 1.449 semanas de cotización. que en su condición de hijo inválido el día 1 de octubre de 2.010 solicitó en forma anticipada la pel reconocimiento pensional.

Que por medio de la Resolución No. 012595 de 11 de abril de 2.011 el Seguro Social denegó la pensión. Igualmente por resolución No. 26199 de 26 de julio de 2.012 porque no se acreditaron las semanas requeridas.

Que por resolución No. GNR- 160371 de 29 de junio de 2.013 Colpensiones reconoció la pensión de vejez reclamada con tasa de reemplazo del 90%.

Que el demandado presentó solicitud de pago de indexación el 11 de junio de 2.014 desde el día 2 de febrero de 2.011. Esto lo denegó Colpensiones por Resolución No. GNR- 67135 de 9 de marzo de 2.015.

Que Colpensiopnes advertido el error cometido, por Resolución No. GNR- 168315 de 6 de junio de 2.015 le solicitó consentimiento al demandado para proceder a revocar el acto administrativo que ahora demanda en nulidad y no se obtuvo el consentimiento requerido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA INSTAURADA.

El demandado hizo contestación a la demanda a folios 49 y subsiguientes del expediente. Se opone a la prosperidad de las pretensiones. Que si hubo error no es imputable al demandado. Que la pensión es su única fuente de renta y alimento. Que propone la excepción previa de caducidad de la acción o medio de control promovido por Colpensiones.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Revisado el expediente se advierte que la parte demandada al contestar la demanda, propuso excepción previa de caducidad de la acción o medio de control.

En cuanto hace relación a la exigibilidad de los derechos el ordenamiento ha previsto que debe realizarse dentro de unos plazos preestablecidos en la ley procesal o sustancial, según el caso. No existen derechos indefinidos en el tiempo. El titular debe reclamarlos dentro de las oportunidades habilitadas para ello.

El artículo 48 de la Constitución Política tal como quedó modificado por el Acto legislativo Constitucional No. 01 de 2.005, establece que la seguridad social es un servicio público

y correlativo derecho fundamental de las personas con las características de ser irrenunciable, inalienable e inconciliable.

Por otra parte, el artículo 64 del C.P.A.C.A, establece que los actos administrativos que reconozcan o denieguen prestaciones periódicas, como lo es por antonomasia la pensión, pueden ser demandados en cualquier tiempo.

Por tanto, la acción promovida en cuanto hace a la pretensión de reconocimiento de pensión. Esta prestación por antonomasia, tiene la naturaleza de ser periódica. Luego es claro que puede ser demandado el acto de reconocimiento en cualquier tiempo conforme la norma legal citada. Por consiguiente, siendo una cuestión expresamente consagrada en la ley, el Tribunal sin que se requiera de otras elucubraciones, procederá a declarar no probada la excepción previa de caducidad de la acción propuesta por el demandado. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para el impulso procesal que corresponda.

COPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado-en sesión realizada en la fecha



José María Armenta Fuentes

Magistrado



Néstor Javier Calvo Chaves

Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino

Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “A”

Bogotá, D.C., Tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

MAG. PONENTE: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE: 2012-00072-01

DEMANDANTE: Martha Isabel Novoa Chala

DEMANDADO: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP.

CONTROVERSIA: Sustitución pensional por invalidez – Decreta prueba de oficio.

Mediante auto en sala de decisión de fecha del 7 de noviembre de 2019, la Sala dispuso ordenar a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que realizará examen médico a la demandante de cara a establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.


En oficio 0463 del 2 de diciembre de 2020, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, anotó que el artículo 2.2.5.1.10 del numeral 3 del Decreto 1072 del 2015, dispuso que las Juntas Regionales son las competentes para decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones de origen y pérdida de capacidad laboral, así como fungir en calidad de peritos cuando sea solicitados por autoridad judicial; asegura que, la entidad se encuentra en incapacidad técnica para dar trámite a esta solicitud por la cantidad de requerimientos realizados por la administración de justicia.

Por lo anterior, se reitera la prueba técnica solicitada y se ordena por Secretaría de la Subsección oficié a la Junta Regional de invalidez de Bogotá, para que realice un nuevo examen médico a la Señora Martha Isabel Novoa Chala, entidad a la que se remitirá además como soportes la Historia Clínica de la demandante, el informe general del dictamen de fecha 16 de noviembre de 2010 suscrito por Médicos Asociados, obrante a folio 8 a 10 del expediente.

Enfatiza el Despacho que a partir de esta nueva valoración, el dictamen deberá contener con precisión, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, las

lesiones o enfermedades que componen ese porcentaje, el origen profesional o común de las afectaciones y la fecha de estructuración del estado de la invalidez.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.



**JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO**



**NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
MAGISTRADO**



**CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Bogotá D.C., 15 de septiembre de 2020

Magistrado ponente: Néstor Javier Calvo Chaves
Radicación: 250002342000-2014-01938-00
Demandante: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON
Demandado: Eciebel Antonio Cano García
Asunto: Concede apelación.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación (fols. 51 cdno. medidas cautelares) contra la providencia del 5 de marzo de 2020, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 01706 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se le reconoció al señor Eciebel Antonio Cano García pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$9.954.201 (fols. 33-44 ib.).

De acuerdo con los artículos 236 y 243 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el auto que decreta una medida cautelar es susceptible de apelación:

Artículo 236. Recursos. El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.
(...)

Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

(...)

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

De conformidad con lo anterior, se concederá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el efecto devolutivo, y se le ordenará a la Secretaría de la Subsección la remisión de las copias de las piezas pertinentes, para lo cual el apelante deberá suministrar a la Secretaría lo necesario dentro del término de

cinco días a partir de la notificación de la presente decisión, para la copia de las siguientes piezas procesales: De la demanda y sus anexos (fols. 1-141 cdno. 1), auto que corrió traslado de la medida cautelar (fols. 1-2 cdno. medidas cautelares), constancia notificación (fol. 3 ib.), oposición a la medida (fols. 4-8 y 13-31 ib.), auto que decretó la medida cautelar (fols. 33-44 ib.), recurso de apelación (fols. 46-51 ib.), fijación en lista del recurso de apelación (fol. 53 ib.) y el presente auto. En caso que el apelante no hiciere lo anterior el recurso quedará desierto, de conformidad con lo previsto en el artículo 324 del Código General del Proceso.

Por otro lado, se traslada a la Secretaría de la Subsección la solicitud elevada por el apoderado de la parte demandante en la que pide se le remita unos documentos y se le informe el correo electrónico de las partes (fol. 52), para que expida las copias requeridas, de conformidad con lo previsto en el artículo 114 del C. G. del P. al correo electrónico allí relacionado.

Finalmente, se advierte que, en los términos del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 491 del 28 de marzo de 2020, la presente providencia se suscribe mediante firma escaneada.

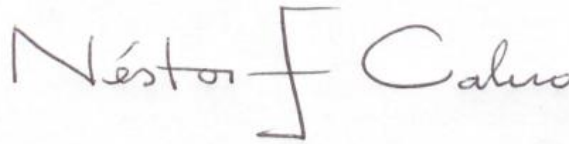
En mérito de lo expuesto, se,

RESUELVE

1. Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en el efecto devolutivo, para ante el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de conformidad con lo expuesto, y se ordena a la Secretaría de la Subsección la remisión de las copias de las piezas pertinentes, para lo cual la recurrente debe suministrar a la secretaría de la Subsección lo necesario dentro del término de cinco días a partir de la notificación de la presente decisión, para la copia de las siguientes piezas procesales: De la demanda y sus anexos (fols. 1-141 cdno. 1), auto que corrió traslado de la medida cautelar (fols. 1-2 cdno. medidas cautelares), constancia notificación (fol. 3 ib.), oposición a la medida (fols. 4-8 y 13-31 ib.), auto que decretó la medida cautelar (fols. 33-44 ib.), recurso de apelación (fols. 46-51 ib.), fijación en lista del recurso de apelación (fol. 53 ib.) y el presente auto. En caso que el apelante no hiciere lo anterior el recurso quedará desierto, de conformidad con lo previsto en el artículo 324 del Código General del Proceso.

2. Efectuado lo anterior, por Secretaría de la Subsección remítase las copias al Consejo de Estado, para lo de su competencia.
3. Se traslada a la Secretaría de la Subsección la solicitud elevada por el apoderado de la parte demandante en la que pide se remita unos documentos y se le informe el correo electrónico de las partes (fol. 52), para que expida las copias requeridas, de conformidad con lo previsto en el artículo 114 del C. G. del P. al correo electrónico allí relacionado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink that reads "Néstor J Calvo". The signature is written in a cursive style with a large, stylized 'J'.

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado

JV

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2.020)

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES


Proceso: 25000234200020140408100
Demandante Marleny Galvis Garzón
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.
Controversia: Reconocimiento Pensión gracia.

Revisada la documental aportada por la Secretaria de Educación – Gobernación de Cundinamarca con ocasión del auto proferido por este Despacho el 17 de octubre de 2019, se advierte que la misma no resulta útil para esclarecer los extremos del litigio orientado a definir el reconocimiento del derecho subjetivo pensional reclamado por la demandante, por lo que en aras de prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental y garantizar el acceso a la justicia a través de una decisión en derecho, resulta necesario decretar como prueba de oficio con autorización del artículo 241 del C.P.A.C.A., la siguiente prueba documental: por Secretaria de la Subsección se oficie directamente al **RECTOR O QUIEN HAGA SUS VECES DE LAS ESCUELAS RURALES DE 1. "MUÑOZ", 2. "LA FILANDIA", 3. "LA TORAX" Y LA ESCUELA URBANA 4. "SEIS DE ENERO" DEL MUNICIPIO DE PUERTO SALGAR Y AL DIRECTOR DE ESCUELAS DEL MUNICIPIO DE PUERTO SALGAR**, para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este auto, alleguen con destino a este proceso, los actos de nombramiento y actas de posesión de la señora Marleny Galvis Garzón, identificada con Cédula de ciudadanía No.41.708.439, correspondientes a su vinculación como docente en los años 1980 a 1988 y/o otros documentos idóneos que permitan establecer el tiempo de prestación del servicio y el carácter de la vinculación esto es, territorial, nacional o nacionalizado.

Notifíquese y Cúmplase



**José María Armenta Fuentes
Magistrado**



**Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado**



**Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2.020).

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE: **No. 2015 – 00434-01**
DEMANDANTE: Elga María Quintero Robles
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
CONTROVERSIA: Reliquidación pensión

APELACIÓN DE SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La Señora Elga María Quintero Robles en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado judicial especial ha promovido ante esta corporación demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitando se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo frente a la solicitud de reliquidación de pensión elevada el 8 de julio de 2014.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita de manera principal se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% del promedio de todos los salarios devengados durante su último año de servicios conforme con la Ley 71 de 1988, el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el pago del retroactivo de las diferencias debidamente actualizado. De manera subsidiaria solicita se ordene a la demandada la reliquidación de su pensión de jubilación por aportes con el 75% de los salarios correspondientes a los últimos 10 años, utilizando para tal fin los factores devengados en los años 1989, 1990, 1993, 1994 y 1995, a partir del 10 de septiembre de 2007, igualmente solicita el reajuste de las diferencias y el pago de los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

RELACIÓN FÁCTICA SOPORTE DE LA ACCIÓN IMPETRADA

El apoderado de la parte demandante sustentó la demanda basándose en los siguientes hechos:

1. La Señora Elga María Quintero Robles, prestó sus servicios por más de 20 años en el sector público y privado, siendo su último empleador la Contraloría de Bogotá.

2. La demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo los 55 años de edad el 10 de septiembre de 2007.

3. La Administradora Colombiana de Pensiones reconoció a la demandante una pensión de vejez conforme con lo establecido en la Ley 71 de 1988, con el promedio de los últimos 10 años de servicios y por no contar con los factores salariales de los años 1989, 1990, 1993, 1994 y 1995, liquidó dichas anualidades con salarios mínimos.

4. La demandada mediante Resolución No. 039022 de 28 de octubre de 2011, negó la reliquidación de la pensión de la demandante.

5. La Administradora Colombiana de Pensiones mediante Resolución No. 15769 de 27 de abril de 2012, niega nuevamente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante.

6. En Resolución No. 34399 de 10 de diciembre de 2013, la entidad demandada niega la reliquidación de pensión de la demandante.

7. La Señora Elga María Quintero Robles, en escrito radicado el 8 de julio de 2014, solicita la reliquidación de su pensión, siendo negada por la demandada con el silencio administrativo negativo en que incurrió.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala el apoderado de la parte demandante que la entidad al momento de aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no tiene en cuenta el concepto de monto en la determinación del derecho pensional, cuestión que debe resolverse en aplicación de los principios de favorabilidad, igualdad, reconocimiento de la realidad laboral e inescindibilidad. Aduce que la pensión de jubilación por aportes se aplica en virtud del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 y permita la sumatoria de aportes a entidades públicas y privadas. Considera que con el acto administrativo demandado existió un error de derecho por interpretación errónea y aplicación indebida de la norma superior, al no

aplicarse el artículo 53 constitucional; asimismo señala que el régimen de transición debe aplicarse de forma íntegra.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones, estando dentro del término procesal procedió a dar contestación a la presente demanda, indicando que al momento de liquidar la pensión de la demandante lo hizo en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, y de acuerdo con la línea jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia SU-230 de 2015 y C-258 de 2013, en el sentido de señalar que el IBL no puede ser el estipulado en la legislación anterior, dado que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, tiempo, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Resalta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio.

LA SENTENCIA RECURRIDA

A través de providencia de fecha veintiséis(26) de junio de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, accedió a las pretensiones de la demanda considerando que en observancia del principio de favorabilidad aplicaría el precedente vertical fijado por el Consejo de Estado, según el cual a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se les debía liquidar su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados independientemente de su denominación, indicando que dicha interpretación era extensible a quienes se les aplicaba la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, aplicando la prescripción trienal respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2008, y en lo referente a los aportes ordenó su descuento únicamente por los últimos cinco años anteriores al retiro del servicio en aplicación del estatuto tributario y atendiendo a la naturaleza parafiscal de los mismos. Así mismo consideró que era procedente acceder a la indexación de la primera mesada pensional respecto de los factores cuya inclusión se ordenaba.

LA APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia señalando que a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se les debe aplicar en lo referente al monto lo señalado en dicha norma, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 SU-210 de 2017 y la SU-395 de 2017, que se constituye en precedente de obligatoria observancia y acatamiento de manera

preferente, y en el cual se deja claro que al momento de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en atención a que el régimen de transición comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

CONSIDERACIONES

Surtida a cabalidad las etapas procesales correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la Litis.

Problema Jurídico

El problema jurídico se circunscribe en definir si es procedente o no declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo en que incurrió la demandada, ysi en consecuencia se debe ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, reliquidar la pensión de jubilación de la demandante de conformidad con la Ley 71 de 1988, incluyendo para dicho efecto todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y de manera subsidiaria se estudiará sí procede la reliquidación de su prestación con los últimos 10 años de servicios pero teniendo en cuenta para los años en que Colpensiones liquidó con el salario mínimo por no encontrar en sus archivos certificación salarial, con los factores salariales devengados por la demandante en la Contraloría de Bogotá.

Material Probatorio

La Sala examinará si tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el material probatorio recopilado a instancia de las partes y del Despacho sustanciador del cual se destaca el siguiente:

- La Señoranació el 10 de septiembre de 1952, cumpliendo los 55 años de edad el 10 de septiembre de 2007.
- El Instituto de Seguro Social Por Resolución No.12192 de 11 de marzo de 2008, reconoció pensión de vejez en cuantía de \$1.319.873 y a partir del 10 de septiembre de 2007, tomando en consideración el salario promedio de los últimos 10 años aclarando que para los años 1989, 1990, 1993, 1994 y 1995, se liquidaban conforme el salario mínimo mensual legal vigente por no encontrar los certificados de factores salariales para dichas anualidades. (Folios 48 a 50 del expediente).
- Mediante Resolución No. 039022 de 28 de octubre de 2011 el Institutode Seguro Social negó la reliquidación de pensión de la demandante al no tener acreditados los

factores devengados en los años 1989, 1990, 1993, 1994 y 1995 (Folios 51 a 52 del expediente)

- A través de Resolución No.15769 de 27 de abril de 2012, suscrita por el Instituto de Seguro Social, se negó nuevamente la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante. (Folios 53 a 54 del expediente)
- Por medio de la Resolución No. GNR 349399 de 10 de diciembre de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones negó la reliquidación solicitada, señalando que la liquidación inicial era más favorable. (Folios 56 a 58 del expediente).
- Mediante petición de 8 de julio de 2014, la Señora Elga María Quintero Robles solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación ante la Administradora Colombiana de Pensiones, de manera principal solicitando la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicios y de manera subsidiaria la liquidación con los últimos 10 años, pero con los factores realmente devengados en las diferentes anualidades. (Folios 99 a 115 del expediente)
- Certificado suscrito por el Director de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá, en el que se señala que la demandante en el periodo comprendido entre 1989 y 1995 devengó el sueldo básico, la prima técnica y la prima de antigüedad. (Folio 116 del expediente).
- Certificado suscrito por la Contraloría de Bogotá en el que se indica que la demandante estuvo vinculada en dicha entidad entre el 5 de noviembre de 1980 y el 30 de junio de 1999, con una licencia no remunerada desde el 25 de mayo de 1999 hasta el 30 de junio de 1999. (Folio 157 del expediente)

Normatividad aplicable.

La Ley 71 de 1988 *"por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones"*, que en su artículo 7 determinó: *"los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces..."* tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre cumplan 60 años de edad en el caso de los hombres, o 55 años para las mujeres.

Posteriormente se expidió el Decreto 1160 de 1989, sin embargo, esa disposición fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado¹ y posteriormente derogada por el Decreto 2709 de 1994 *"Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988"*²,

¹ Sentencia de 8 de marzo de 1994, expediente No. 7048, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

² Publicado mediante Diario Oficial No. 41.635 de diciembre 15 de 1994

y que el artículo 1 dispuso como requisitos para adquirir la pensión por aportes, 60 años de edad para los hombres o 55 años si es mujer y un tiempo de servicios privados o públicos de 20 años de forma continua o discontinua.

La citada norma en su artículo 8º, determinó un monto del 75% del salario base de cotización, con la precisión que en ningún caso "*podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley*".

En lo que respecta al salario base para liquidar esta prestación, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 determinó que "*Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, **tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.***"

Así mismo, el Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988 y en su artículo 12 derogó el Decreto 1160 de 1989, señalando su artículo 6º que el **Ingreso base de liquidación será el promedio del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**

La anterior disposición fue derogada expresamente por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, "*Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 ³ y se dictan otras disposiciones*", y en su lugar estableció el salario base de liquidación en su artículo 8º, sin embargo, dicho precepto fue declarado nulo por el Consejo de Estado en providencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad No. 2523 – 03, generando un vacío legal en cuanto a este tema, que posteriormente fue estudiado por la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Corporación en sentencia de 15 de mayo de 2014, expediente No. 11001-03-25-000-2011-00620-00(2427-11), al estudiar la legalidad del **artículo 24 del Decreto 1474 de 1997**, indicó:

"Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el

³Decreto 1748 de 1995 "*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993*", establecía:

"Artículo 28. SALARIO BASE -SB- 1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB, se tomará el último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban en FB, salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido, en la cual el salario devengado se calculará como en los numerales 2 y 3 siguientes".

reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

“(...)”

En suma concluye la Sala que se impone declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Se concluye que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe dar aplicación material al contenido del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, esto es, con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En lo referente a la forma de liquidar la pensión por aportes, la Sección Segunda-Subsección “A” del Consejo de Estado en providencia de 26 de septiembre de 2012, expediente No. 19001-23-31-000-2005-01119-01(0612-10), dio aplicación a la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010⁴ bajo estas consideraciones:

“En el presente asunto, dado que el causante se encontraba cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de la prestación reconocida a la actora debe hacerse de conformidad con el régimen anterior, eso es, el establecido en los artículos 7º de la Ley 71 de 1988 y 8º del Decreto 2709 de 1994, que establecen un método propio de cálculo, **donde el monto de la pensión es equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**

En relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión de jubilación, esta Corporación ha sostenido lo siguiente⁵:

“... es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio...”

(...)

En las anteriores condiciones y de conformidad con la jurisprudencia arriba transcrita, la entidad demandada al momento de reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora BLANCA ROSA MONCAYO debió tener en cuenta, no solo los factores salariales enlistados en la referida norma, sino todos los que el causante percibió de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios, es decir, todos los que constituyen salario.” (Resaltado fuera de texto).

Esta Sala advierte que venía adoptando la posición del Honorable Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad. Sin embargo, mantendrá tal directriz jurisprudencial, sólo respecto de los casos consolidados en cuanto al tiempo de servicio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir; al 1º de abril de 1994.

⁴ Consejo de Estado, Sección 2ª, en Sentencia de 04 de agosto de 2010.M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 0112-2009.

⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda. Expediente No. 25000232500020060750901 (N.I.0112-09). Sentencia de 4 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Luis Mario Velandia - contra – Caja Nacional de Previsión Social.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", previó:

"(...) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones. (...)"

De otra parte, el Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, establece:

"Los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Es claro entonces, que en materia de factores de salario a considerar o computar para calcular y reconocer una prestación social pensional en Colombia, no resulta necesario acudir a los enlistados criterios auxiliares de la administración de justicia sino, aplicar en forma directa el texto constitucional, en los términos en que han sido reglamentados por la ley.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2.018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, definió:

"Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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".

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

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

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁶. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

⁶Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]."

(...)

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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

(...)”

De acuerdo con lo anterior, la regla general es que quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, pero adquirieren el status pensional con posterioridad a su vigencia, los requisitos de edad, tiempo y monto serán los que determine normativa a la cual vinieran afiliados, que en el caso del demandante

es la Ley 71 de 1988, mientras que, el ingreso base de liquidación deberá definirse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esa lógica, se distinguen además dos subreglas, la primera, dirigida a aquellos beneficiarios del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Régimen General les faltare tiempo de servicio para consolidar su derecho, distinguiendo entre aquellos que les hiciera falta menos diez años, caso en el cual, el IBL corresponderá al promedio de lo devengado en la fracción de tiempo que restara y aquellos que les faltare más de diez años, debiéndose promediar los salarios sobre los cuales cotizó en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Respecto a los factores que hacen parte del Ingreso base de liquidación, definió el órgano de cierre de la jurisdicción, que solo debían incluirse aquellos sobre los cuales el servidor público beneficiario del régimen de transición hubiere realizado aportes al sistema, con fundamento en el principio de solidaridad contenido en los artículos 1o y 48 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Concluyendo entonces que, el concepto de salario entendido como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación por su servicio, difiere sustancialmente del concepto de factor salarial a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de las prestaciones pensionales reconocidas a los servidores públicos y que, aun cuando inicialmente su equivalencia se justificó en el principio de favorabilidad en pro de la condición más beneficiosa al trabajador, lo cierto es, que tal interpretación excede la voluntad del legislador y hace inviable el sistema pensional cuya base fundamental son los aportes de los afiliados como garantía del Estado para asegurar la universalidad del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Si bien la sentencia de unificación señalada anteriormente fijó su criterio respecto de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, ya el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsecciones A y B, han establecido que dichas reglas y subreglas son aplicables para los regidos por la Ley 71 de 1988, de la siguiente manera:

*"(...) En ese orden de ideas, toda vez que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, había cobrado vigencia nuevamente a partir de dicha declaratoria de nulidad, la Corporación entendió en su momento⁷ **que la regla que debía tenerse en cuenta sobre el IBL de las personas beneficiarias de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con derecho a la pensión por aportes era la dispuesta en esa norma**, posición que era concordante con el criterio judicial sostenido a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010⁸, de acuerdo con el cual, el periodo y el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía ser el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.*

No obstante, como se indicó en el acápite anterior, la Sala Plena de la Corporación modificó el criterio judicial que se venía sosteniendo en la sentencia del 4 de

⁷ *Ibidem.*

⁸ C.P.: Víctor Hernando Alvarado

agosto de 2010, postura que quedó rezagada con el nuevo criterio de unificación fijado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

Bajo tal planteamiento, esta Subsección⁹, al resolver una controversia contenciosa con supuestos fácticos y jurídicos similares a la que es objeto de pronunciamiento, **sostuvo que el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, con sustento en las siguientes razones:**

«No obstante, resulta lógico que esta postura, relacionada con el IBL de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 sea recogida, ajustada e interpretada armónicamente, en todo, a lo dispuesto en la referida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, mediante la cual la Sala Plena de la Corporación concluyó **que el ingreso base de liquidación del inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas que se benefician de éste, y que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que puedan adquirir su pensión con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el ingreso base de liquidación previsto en el mismo artículo 36, inciso 3.º, o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso.** (...)

En ese orden de ideas, **el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, según la cual éste se liquidará en los términos del inciso del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994, y no con fundamento en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994.** (...)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 9 de diciembre de 2019, dentro del expediente con núm. Único de radicación 23001-23-33-000-2013-00217-01(1861-14)

“(…) Aunado a lo anterior, la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lleva implícita que solo se preservan de la norma anterior los requisitos de edad, tiempo y monto (tasa de reemplazo), por lo tanto, en lo que concierne al IBL la Subsección acude a la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la citada sentencia, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales¹⁰. La misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos “(…) a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente: **“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”**, entendido en el sub lite como la normativa pensional anterior, que en el presente caso es la Ley 71 de 1988.(...)” Consejo de Estado

⁹ Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 2 de mayo de 2019. Radicación: 250002342000201503216 01 (2240-17). Actor: Olga Polanco Patiño. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-

¹⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: “(…) sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones (...)”.

Así las cosas las pensiones deben en lo sucesivo, ser reconocidas solamente teniendo en cuenta los factores respecto de los cuales cada persona hubiere realizado aportes para la seguridad social en pensiones, vale decir, se acoge en adelante, las disposiciones constitucionales y legales aludidas. Igualmente se define que el promedio de factores de salarios para tal fin, será el de los últimos diez (10) años o la fracción menor de tiempo que en cada caso le faltare a la persona, teniendo como referencia el día 1º de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993.

Caso concreto.

Del examen de los medios de prueba aportados al expediente encuentra la Sala que la Señora Elga María Quintero Robles: i) nació el 10 de septiembre de 1952; ii) cotizó con empleadores privados así: Colegio Mayor de San Bartolomé entre el 21 de enero de 1972 y el 1 de enero de 1974, Papel Tipog el Ejecutivo Ltda entre el 19 de enero de 1976 y el 12 de marzo de 1976; para el empleador Luis Enrique Mejía Rada entre el 15 de enero de 1977 al 4 de marzo de 1977; iii) prestó sus servicios en la Contraloría de Bogotá entre el 5 de noviembre de 1980 y el 30 de junio de 1999.

En el proceso bajo estudio está establecido que la parte demandante se encuentra amparada en el régimen de transición, por lo que el problema jurídico se circunscribe en determinar cuál es la norma aplicable para la liquidación de su mesada pensional por haber laborado más de 20 años en el sector público y privado.

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la demandante cumplió los 20 años de servicios en el año 1998, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación que debe incluirse a efectos de liquidar su prestación pensional se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, es decir, **con el promedio de los salarios devengados “que sirvieron de base para los aportes” durante los últimos 10 años, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le haga falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior, cuando le falte menos de 10 años;** tal y como lo definió La Sala Plena del Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, en la que unificó el criterio respecto a la base de liquidación de las pensiones de jubilación, acogiendo la posición según la cual, la misma estaría conformada por los factores de salario sobre los cuales el cotizante hubiere hecho aportes al sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las reglas identificadas en párrafos precedentes.

Se concluye entonces que en lo que tiene que ver con el periodo a tener en cuenta para efectuar dicha liquidación, este no es otro, que el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, no siendo procedente entonces liquidar su pensión de jubilación en los términos solicitados en la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, la parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con el 75% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le haga falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior, cuando le falte menos de 10 años, de la forma en que fue ordenado por la entidad demanda en el acto de reconocimiento pensional.

No obstante lo anterior, atendiendo que en la Resolución de reconocimiento pensional se señala que al no encontrarse las certificaciones salariales correspondientes a los años 1989,1990,1993,1994,1995 dichas anualidades se liquidaban con base en salarios mínimos, y que en el expediente a folio 116 se certifican los factores salariales de dichos periodos devengados por la demandante en la Contraloría de Bogotá, se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de los factores salariales que realmente fueron devengados por la demandante en sus últimos 10 años de servicios conforme con la Ley 100 de 1993, incluyendo únicamente los fueron objeto de cotización. Dicha prestación se liquidará igualmente con el 75% y los factores de causación anual que deban tenerse en cuenta se incluirán en una doceava parte de su valor.

Respecto de la prescripción de las mesadas pensionales diferenciales, se debe señalar que el reconocimiento pensional operó a través de la Resolución No. 00012192 del 11 de marzo de 2008, el 17 de mayo de 2011 la parte actora solicitó la reliquidación de la pensión y la demanda fue radicada el día 26 de mayo de 2015, por tanto al haber transcurrido más de tres años entre la interrupción de la prescripción con la radicación de la petición y la interposición de la demanda se declarará la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad **26 de mayo de 2012**, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968, que establecen que la prescripción trienal de los derechos prestacionales se interrumpe con el simple reclamo escrito del empleado oficial pero únicamente por un lapso igual.

Por lo expuesto y sin que se requieran más elucubraciones se **confirmará parcialmente** la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, con excepción de ordinal **CUARTO** que se modificará, para en su lugar ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante

incluyendo en el ingreso base de liquidación el salario realmente devengado y los factores salariales devengados en la Contraloría de Bogotá sobre los cuales realizó aportes durante los 10 años anteriores a su retiro del servicio y asimismo, tomando en consideración que entre la solicitud de reliquidación y la presentación de la demanda transcurrieron más de tres años, se contabilizara el término prescriptivo a partir de esta última fecha por lo que se modificará lo relativo a la prescripción para declarar que las mesadas causadas con anterioridad al **26 de mayo de 2012** se encuentran prescritas.

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro del proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO:CONFIRMAR PARCIALMENTE la providencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, con excepción del ordinal **CUARTO** que quedará así:

"(...) CUARTO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a lo siguiente:

- a) *Reliquidar el valor de la mesada pensional reconocida a la Señora **Elga María Quintero Robles**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.574.502, sobre el 75% del promedio de los factores salariales que fueron objeto de cotización en sus últimos 10 años de servicios en la Contraloría de Bogotá D.C., con efectividad a partir del 10 de septiembre de 2007, pero pagadera a partir del **26 de mayo de 2012** por prescripción trienal.*
- b) *Los factores salariales no tenidos en cuenta en la liquidación inicial y que fueron objeto de cotización a pensión en los últimos 10 años de servicios de la demandante, deberán ser indexados.*
- c) *Las sumas reconocidas en virtud de la orden que aquí se imparte deberán ser actualizadas con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:*

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determine multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de las diferencias mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriado esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo. (...)

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.
Discutido y aprobado como consta en actas.



**JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO**



**CARMEN A. RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA**



Salvo voto

**NÉSTOR J. CALVO CHAVES
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **José María Armenta Fuentes**

Radicado: 11001333502820150101201
Demandante: Mery Barragán Ávila
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Controversia: Reliquidación Pensión de jubilación.

APELACIÓN DE SENTENCIA

La Señora Mery Barragán Ávila, a través de apoderado judicial especial ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pretendiendo sea declarada la nulidad del acto administrativo ficto negativo originado en la falta de respuesta expresa a la petición de fecha 24 de junio de 2015, a través de la cual se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación que le viene reconocida por la entidad pública demandada. Pretende se reliquide la pensión con todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios de la demandante: prime técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, aplicando las Leyes 71 de 1988 y la 100 de 1993 y la sentencia de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

Como restablecimiento del derecho pretende se condene a la parte demandada a reconocer, reliquidar y pagar la pensión que le viene reconocida, con la inclusión de todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios, teniendo en cuenta la sentencia de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, entre otras. Que se paguen las mesadas pensionales diferenciales que resulten de la reliquidación debidamente indexadas.

Hechos de la demanda instaurada.

1. La señora Mery Barragán Ávila nació el 09 de mayo de 1955.
2. Estuvo vinculada como docente al Departamento del Tolima desde el 2 de marzo de 1977 hasta el 1 de abril de 1978.
3. Prestó sus servicios en la Dirección Nacional de Salud en el Departamento de Antioquia desde el 18 de abril de 1984 y el 15 de marzo de 1989 y del 1 de febrero de 1991 al 1 de febrero de 1995.
4. Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones, la demandante acreditó un total de 924,34 semanas, entre el 01 de marzo de 1995 y el 31 de mayo de 2016, con aportes públicos y privados.
5. Labora en el Ministerio de Salud y Protección Social, desde el 1 de abril de 2013.
6. Que la entidad pública demandada denegó la pensión jubilatoria por Resolución No. 035699 de 4 de octubre de 2011. Posteriormente, por Resolución No. GNR- 361382

de 19 de diciembre de 2.013 le reconocieron la pensión pero, no incluyeron todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios. Que le promediaron los últimos 10 años de servicios con los factores previstos en el Decreto No. 1158 de 1994. Que solicitó la reliquidación y ha sido denegada por medio del acto ficto negativo que ahora demanda en nulidad.

Contestación de la demanda.

A folios 58 y ss, del expediente, la parte demandada hizo contestación de la demanda. Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, estima los actos demandados fueron expedidos ajustándose al bloque de legalidad en que debían fundarse. Propuso como excepción prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y solicita denegar las pretensiones.

Sentencia de primera instancia.

El proceso en primera instancia le correspondió al Juzgado Veintiocho Administrativo de Bogotá – Cundinamarca, quien mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018 denegó las pretensiones de la demanda (fls. 146 y ss, del expediente), argumentando que conforme las normas legales pertinentes, especialmente la Ley 71 de 1.988, Decreto 2709 de 1.994 y 1158 de 1.994, Ley 100 de 1.993 y la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, la pensión fue debidamente reconocida.

Concluyo el A quo que, atendiendo la nueva posición jurisprudencial del Consejo de Estado, la accionante al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación de su pensión se integra de los factores salariales debidamente cotizados, en los últimos 10 años.

Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

A folios 158 y ss, del expediente la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y, que en su lugar se acceda a las pretensiones, conforme las disposiciones de las leyes 71 de 1.988, 100 de 1.993, decreto 2709 de 1.994.

Proposición jurídica a resolver en esta contención e instancia.

De conformidad con la demanda, sentencia impugnada y la sustentación de la apelación interpuesta, corresponde al Tribunal definir si la pensión de la demandante debe liquidarse teniendo en cuenta todos los factores de salarios devengados durante el último año de servicio como lo pretendió en la demandante - recurrente o, si por el contrario, como fue ordenada, vale decir, teniendo en cuenta sólo los factores sobre los cuales se cotizó para pensiones por parte del demandante.

Consideraciones del Tribunal.

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el juzgador colectivo

a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

La Ley 71 de 1988 *"por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones"*, que en su artículo 7 determinó: *"los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces..."* tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre cumplan 60 años de edad en el caso de los hombres, o 55 años para las mujeres.

Posteriormente se expidió el Decreto 1160 de 1989, sin embargo, esa disposición fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado¹ y posteriormente derogada por el Decreto 2709 de 1994 *"Por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988"*², y que el artículo 1 dispuso como requisitos para adquirir la pensión por aportes, 60 años de edad para los hombres o 55 años si es mujer y un tiempo de servicios privados o públicos de 20 años de forma continua o discontinua.

La citada norma en su artículo 8º, determinó un monto del 75% del salario base de cotización, con la precisión que en ningún caso *"podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley"*.

En lo que respecta al salario base para liquidar esta prestación, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 determinó que *"Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, **tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.**"*

Así mismo, el Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988 y en su artículo 12 derogó el Decreto 1160 de 1989, señalando su artículo 6º que el **Ingreso base de liquidación será el promedio del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**

La anterior disposición fue derogada expresamente por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, *"Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 ³ y se dictan otras disposiciones"*, y en su lugar estableció el salario base de liquidación en su artículo 8º, sin embargo, dicho precepto fue declarado nulo por el Consejo de Estado en providencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad No. 2523 – 03, generando un vacío legal en cuanto a este

¹ Sentencia de 8 de marzo de 1994, expediente No. 7048, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

² Publicado mediante Diario Oficial No. 41.635 de diciembre 15 de 1994

³ Decreto 1748 de 1995 *"Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993"*, establecía:

"Artículo 28. SALARIO BASE -SB- 1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB, se tomará el último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban en FB, salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido, en la cual el salario devengado se calculará como en los numerales 2 y 3 siguientes".

tema, que posteriormente fue estudiado por la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Corporación en sentencia de 15 de mayo de 2014, expediente No. 11001-03-25-000-2011-00620-00(2427-11), al estudiar la legalidad del **artículo 24 del Decreto 1474 de 1997**, indicó:

“Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

“(...)”

En suma concluye la Sala que se impone declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.”

(Resaltado y subrayado fuera de texto)

Se concluye que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe dar aplicación material al contenido del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, esto es, con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En lo referente a la forma de liquidar la pensión por aportes, la Sección Segunda-Subsección “A” del Consejo de Estado en providencia de 26 de septiembre de 2012, expediente No. 19001-23-31-000-2005-01119-01(0612-10), dio aplicación a la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010⁴ bajo estas consideraciones:

“En el presente asunto, dado que el causante se encontraba cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de la prestación reconocida a la actora debe hacerse de conformidad con el régimen anterior, eso es, el establecido en los artículos 7º de la Ley 71 de 1988 y 8º del Decreto 2709 de 1994, que establecen un método propio de cálculo, **donde el monto de la pensión es equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**

En relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión de jubilación, esta Corporación ha sostenido lo siguiente⁵:

“... es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se

⁴ Consejo de Estado, Sección 2ª, en Sentencia de 04 de agosto de 2010.M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 0112-2009.

⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda. Expediente No. 25000232500020060750901 (N.I.0112-09). Sentencia de 4 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Luis Mario Velandia - contra – Caja Nacional de Previsión Social.

señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio...”

(...)

En las anteriores condiciones y de conformidad con la jurisprudencia arriba transcrita, la entidad demandada al momento de reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora BLANCA ROSA MONCAYO debió tener en cuenta, no solo los factores salariales enlistados en la referida norma, sino todos los que el causante percibió de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios, es decir, todos los que constituyen salario.” (Resaltado fuera de texto).

Esta Sala advierte que venía adoptando la posición del Honorable Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad. Sin embargo, mantendrá tal directriz jurisprudencial, sólo respecto de los casos consolidados en cuanto al tiempo de servicio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir; al 1º de abril de 1994.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, previó:

“(…) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones. (...)”

De otra parte, el Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, establece:

“Los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Es claro entonces, que en materia de factores de salario a considerar o computar para calcular y reconocer una prestación social pensional en Colombia, no resulta necesario acudir a los enlistados criterios auxiliares de la administración de justicia sino, aplicar en forma directa el texto constitucional, en los términos en que han sido reglamentados por la ley.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2.018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, definió:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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”.

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

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.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁶. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta

⁶ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

(...)”

De acuerdo con lo anterior, la regla general es que quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, pero adquirieron el status pensional con posterioridad a su vigencia, los requisitos de edad, tiempo y monto serán los que determine normativa a la cual vinieran afiliados, que en el caso del demandante es la Ley 71 de 1988, mientras que, el ingreso base de liquidación deberá definirse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esa lógica, se distinguen además dos subreglas, la primera, dirigida a aquellos beneficiarios del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Régimen General les faltare tiempo de servicio para consolidar su derecho, distinguiendo entre aquellos que les hiciera falta menos diez años, caso en el cual, el IBL corresponderá al promedio de lo devengado en la fracción de tiempo que restara y aquellos que les faltare más de diez años, debiéndose promediar los salarios sobre los cuales cotizó en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Respecto a los factores que hacen parte del Ingreso base de liquidación, definió el órgano de cierre de la jurisdicción, que solo debían incluirse aquellos sobre los cuales el servidor público beneficiario del régimen de transición hubiere realizado aportes al sistema, con fundamento en el principio de solidaridad contenido en los artículos 1o y 48 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Concluyendo entonces que, el concepto de salario entendido como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación por su servicio, difiere sustancialmente del concepto de factor salarial a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de las prestaciones pensionales reconocidas a los servidores públicos y que, aun cuando inicialmente su equivalencia se justificó en el principio de favorabilidad en pro de la condición más beneficiosa al trabajador, lo cierto es, que tal interpretación excede la voluntad del legislador y hace inviable el sistema pensional cuya base fundamental son los aportes de los afiliados como garantía del Estado para asegurar la universalidad del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Si bien la sentencia de unificación señalada anteriormente fijó su criterio respecto de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, ya el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsecciones A y B, han establecido que dichas reglas y subreglas son aplicables para los regidos por la Ley 71 de 1988, de la siguiente manera:

“(...) En ese orden de ideas, toda vez que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, había cobrado vigencia nuevamente a partir de dicha declaratoria de nulidad, la Corporación entendió en su

momento⁷ **que la regla que debía tenerse en cuenta sobre el IBL de las personas beneficiarias de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con derecho a la pensión por aportes era la dispuesta en esa norma**, posición que era concordante con el criterio judicial sostenido a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010⁸, de acuerdo con el cual, el periodo y el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía ser el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

No obstante, como se indicó en el acápite anterior, la Sala Plena de la Corporación modificó el criterio judicial que se venía sosteniendo en la sentencia del 4 de agosto de 2010, postura que quedó rezagada con el nuevo criterio de unificación fijado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

Bajo tal planteamiento, esta Subsección⁹, al resolver una controversia contenciosa con supuestos fácticos y jurídicos similares a la que es objeto de pronunciamiento, **sostuvo que el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, con sustento en las siguientes razones:**

«No obstante, resulta lógico que esta postura, relacionada con el IBL de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 sea recogida, ajustada e interpretada armónicamente, en todo, a lo dispuesto en la referida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, mediante la cual la Sala Plena de la Corporación concluyó **que el ingreso base de liquidación del inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas que se benefician de éste, y que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que puedan adquirir su pensión con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el ingreso base de liquidación previsto en el mismo artículo 36, inciso 3.º, o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso.** (...)

En ese orden de ideas, **el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, según la cual éste se liquidará en los términos del inciso del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994, y no con fundamento en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994.** (...)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, C.P Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 9 de diciembre de 2019, dentro del expediente con núm. Único de radicación 23001-23-33-000-2013-00217-01(1861-14)

“(…) Aunado a lo anterior, la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lleva implícita que solo se preservan de la norma anterior los requisitos de edad, tiempo y monto (tasa de reemplazo), por lo tanto, en lo que concierne al IBL la Subsección acude a la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la citada sentencia, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales¹⁰. La misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos “(…) a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan

⁷ *Ibidem*.

⁸ C.P.: Víctor Hernando Alvarado

⁹ Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 2 de mayo de 2019. Radicación: 250002342000201503216 01 (2240-17). Actor: Olga Polanco Patiño. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-

¹⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: “(...) sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones (...)”.

inmodificables”.

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente: **“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”**, entendido en el sub lite como la normativa pensional anterior, que en el presente caso es la Ley 71 de 1988.(...)” Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, C.P César Palomino Cortés, sentencia de 7 de noviembre de 2019 dentro del expediente con núm. Único de radicación. 25000-23-42-000-2016-00256-01(2664-17)

Así las cosas las pensiones deben en lo sucesivo, ser reconocidas solamente teniendo en cuenta los factores respecto de los cuales cada persona hubiere realizado aportes para la seguridad social en pensiones, vale decir, se acoge en adelante, las disposiciones constitucionales y legales aludidas. Igualmente se define que el promedio de factores de salarios para tal fin, será el de los últimos diez (10) años o la fracción menor de tiempo que en cada caso le faltare a la persona, teniendo como referencia el día 1º de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993.

Caso Concreto.

Del examen de los medios de prueba aportados al expediente encuentra la Sala que la Señora Mery Barragán Ávila: i) nació el 09 de mayo de 1955; ii) prestó sus servicios en la Secretaría de Educación del 2 de marzo de 1977 al 01 de abril de 1978, en la Gobernación de Antioquia del 18 de abril de 1984 al 18 de octubre de 1987; del 24 de octubre de 1987 al 19 de febrero de 1989; del 7 de marzo de 1989 al 15 de marzo de 1989; del 01 de febrero de 1991 al 13 de mayo de 1992 y del 15 de junio de 1992 al 01 de febrero de 1995 Y acreditó 924,34 semanas de aportes públicos y privados entre el 01 de marzo de 1995 y el 31 de mayo de 2016 iii) Que le fue reconocida pensión de jubilación a través de la Resolución GNR 361382 del 19 de diciembre de 2013, con fundamento en Ley 71 de 1988, equivalente al 75% de los factores salariales devengados en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, esto último en aplicación de artículo 36 de la Ley 100 de 1993

De acuerdo con lo anterior, es claro para la Sala que la parte demandante se encuentra amparada en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de dicha norma tenía más de 35 años, por lo que, el problema jurídico se circunscribe en determinar cuál es la norma aplicable para conformar el ingreso base de liquidación de su mesada al haber consolidado su derecho en vigencia del régimen general.

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la demandante cumplió los 20 años de servicios en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación que debe incluirse a efectos de liquidar su prestación pensional se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, es decir, **con el promedio de los salarios devengados “que sirvieron de base para los aportes”**

durante los últimos 10 años, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le haga falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior, cuando le falte menos de 10 años; tal y como lo definió La Sala Plena del Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, en la que unificó el criterio respecto a la base de liquidación de las pensiones de jubilación, acogiendo la posición según la cual, la misma estaría conformada por los factores de salario sobre los cuales el cotizante hubiere hecho aportes al sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las reglas identificadas en párrafos precedentes.

Se concluye entonces que en lo que tiene que ver con el periodo a tener en cuenta para efectuar dicha liquidación, este no es otro, que el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años o lo que le hiciere falta para adquirir el derecho, no siendo procedente entonces liquidar su pensión de jubilación en los términos solicitados en la demanda.

Por lo expuesto y sin que se requiera de otras elucubraciones, el Tribunal procederá a **confirmar** la sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda de fecha 19 de diciembre de 2.018 proferida por el Juzgado Veintiocho Administrativo de Bogotá. No se proferirá condena en costas por no advertirse actuaciones de mala fe ni dilatorias procesales.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A"**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero: Confirmar la sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda, de fecha 19 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Veintiocho Administrativo de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por Mery Barragán Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con las consideraciones precedentes.

Segundo: Notificada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Aclaro parcialmente voto

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2.020)

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES


Proceso: 25000234200020150222700
Demandante María Barbarita Urrea Riveros
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.
Controversia: Reconocimiento Pensión gracia.

Revisada la prueba documental aportada por la Gobernación de Cundinamarca con ocasión del auto proferido por este Despacho el 23 de enero de 2020, se advierte que la misma no resulta útil para esclarecer los extremos del litigio orientado a definir el reconocimiento del derecho subjetivo pensional reclamado por la demandante, por lo que en aras de prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental y garantizar el acceso a la justicia a través de una decisión en derecho, resulta necesario decretar como prueba de oficio con autorización del artículo 241 del C.P.A.C.A., la siguiente prueba documental: que por Secretaria de la Subsección se oficie directamente al **ALCALDE DEL MUNICIPIO DE CHIPAQUE Y AL RECTOR DE LA ESCUELA R. POTRERO GRANDE DEL MUNICIPIO DE CHIPAQUE**, para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este auto, allegue con destino a este proceso, el **ACTA DE POSESIÓN** de la señora María Barbarita Urea Riveros como maestra de la Escuela R. Potrero Grande del Municipio de Chipaque en el periodo del 20 de febrero de 1978 al 22 de marzo de esa misma anualidad en reemplazo de la docente Flor Mara Gutiérrez de Fuentes a quien se le concedió licencia de maternidad, de conformidad con el Decreto de Nombramiento No. 790 del 14 de abril de 1978 suscrito por el Secretario de Educación y el Gobernador de Cundinamarca y/o otro documento idóneo que permita establecer la prestación del servicio de la señora Urrea Riveros o su vinculación con este Establecimiento educativo para el periodo señalado, **DISTINTO AL DECRETO DE NOMBRAMIENTO.**

Notifíquese y Cúmplase



**José María Armenta Fuentes
Magistrado**



**Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado**



**Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE Rad. No. 2.015-03807-00

Demandante. CELIA MARÍA SAAVEDRA SALINAS

Demandado: BOGOTÁ D.C – Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte..

Controversia: Nulidad acto que niega prestaciones sociales –CONTRATO REALIDAD.

PRIMERA INSTANCIA.

RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS:

Revisado el expediente se ha advertido que la parte demandada al contestar la demanda hizo la proposición de excepciones previas de caducidad del medio de control, prescripción del derecho material pretendido en la demanda, por lo que la resolución de estas debía realizarse dentro de la audiencia pública inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

El Gobierno Nacional ha expedido el Decreto 806 de 4 de junio de 2.020 y en esta norma autoriza adoptar el procedimiento escrito respecto de las actuaciones y decisiones procesales que puedan ser resueltas a partir de las pruebas arrimadas por las partes al expediente, es decir, que no se requiera de otras pruebas adicionales que deban ser decretadas y practicadas para dictar la decisión de que se trate, sea interlocutoria interna o de fondo en el proceso.

En el caso concreto al estudio, las excepciones propuestas pueden ser resueltas con los medios probatorios ya aportados al expediente por las partes, por lo que se adoptará la resolución aplicando el decreto que viene citado.

DEMANDA:

La señora Celia María Saavedra Salinas, ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Bogotá D.C – Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, pretendiendo sea declarada la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le denegó el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales derivada de los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad territorial demandada. Estima que realmente se trató de verdaderos contratos de trabajo.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA INSTAURADA.

Informa la parte demandante que celebró y ejecutó varios contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, sucesivos en el tiempo y ejecución, a saber:

Contrato No. 205 de 25 de marzo de 1.997 hasta el día 31 de diciembre de 1.997.

Contrato No. 19 de 26 de marzo de 1.998 hasta el día 25 de septiembre de 1.998.

Contrato No. 293 de 6 de octubre de 1.998 hasta el día 14 de octubre de 1.999.

Contrato No. 533 de 14 de mayo de 1.998 hasta el día 14 de noviembre de 1.999.

Contrato No. 1708 de 30 de noviembre de 1.999 hasta el día 28 de febrero de 2.000.

Contrato No. COL 99/041 de 1 de marzo de 2.000 hasta el día 31 de septiembre de 2.000.

Contrato NO. Col 99/041 de 1 de febrero de 2.001 hasta el día 28 de febrero de 2.001.

Contrato No. Col 99/041 de 1 de marzo de 2.001 hasta el día 31 de diciembre de 2.001.

Contrato No. 2990148 de 16 de enero de 2.002 hasta el día 15 de febrero de 2.002.

Contrato No. 2991026 de 16 de febrero de 2.002 hasta el día 16 de noviembre de 2.002.

Contrato No. CON 9904120147 desde el 1 de febrero de 2.003 hasta el día 16 de agosto de 2.003. Adicionado hasta el día 15 de octubre de 2.003.

Contrato No. CON 9904140043 de 1 de febrero de 2.004 hasta el día 1 de mayo de 2.004.

Contrato No. CON 9904140376 de 1 de mayo de 2.004 hasta el día 1 de enero de 2.005.

Contrato No. CON 9904150004 DESDE EL DÍA 1 DE ABRIL DE 2.005 HASTA EL DÍA 1 DE JULIO DE 2.005.

Contrato No. CON9904150004 desde 1 de abril de 2.005 hasta el 1 de julio de 2.005. Adicionado hasta el 30 de diciembre de 2.005.

Contrato No. 00003 desde 4 de enero de 2.006 hasta el día 4 de noviembre de 2.006. Adicionado hasta el día 23 de noviembre de 2.006.

Contrato No. 00018 desde 1 de febrero de 2.007 hasta el día 9 de junio de 2.007.

Contrato No. 238 desde el 14 de junio de 2.007 hasta el 31 de diciembre de 2.007. Adicionado hasta el día 31 de enero de 2.008.

Contrato No. 00011 desde el día hasta el día 6 de julio de 2.008.

Contrato No. 00175 desde el día 11 de julio de 2.008 hasta el día 11 de diciembre de 2.008.

Contrato No. 0054 desde el día 23 de febrero de 2.009 hasta el día 15 de diciembre de 2.009.

Contrato No. 2093358 desde el día 15 de enero de 2.010 hasta el día 15 de diciembre de 2.010.

Contrato No. 246 desde el día 28 de septiembre de 2.010 hasta el día 26 de febrero de 2.011.

Contrato No. 158 desde el día 26 de abril de 2.011 hasta el día 21 de septiembre de 2.011.

Que durante la ejecución de los varios contratos debió siempre cumplir horarios y jornada de trabajo diario, bajo dependencia y subordinación. Que nunca le reconocieron prestaciones sociales ni cesantías.

Que es de profesión arquitecta y que siempre cumplió funciones de consultora y asesora. Que estrictamente debía cumplir órdenes de sus superiores.

Que el día 5 de febrero de 2.013 presentó solicitud de reconocimiento de sus prestaciones sociales y se le denegó el derecho por medio de los actos administrativos ahora demandados en nulidad.

Que como restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales derivadas de los contratos formales de prestación de servicios que realmente fueron contratos de trabajo .Que se ordene pagar las cesantías e intereses sobre las mismas. Que las sumas a pagar se indexen. Que se restituyan las sumas pagadas por seguridad social. Se condene en costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA INSTAURADA.

A folios 1141 y subsiguientes del expediente la entidad demandada hizo contestación a la demanda, se opone a la prosperidad de las pretensiones solicita sean denegadas porque los contratos celebrados conforme la ley 80 de 1.993 fueron de prestación de servicios que no generan relación laboral. Fueron celebrados por espacios temporales limitados y se ejecutaron sin dependencia o subordinación. Propuso las excepciones previas de caducidad de la acción, prescripción del derecho reclamado.

En cuanto a la caducidad argumenta debió incoarse la acción dentro de los 4 meses a que se contrae el artículo 64 del C.P.A.C.A.

Que en cuanto a la prescripción de tres (3) años, los cuales ya transcurrieron por tanto extinguido cualquier derecho material reclamado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Revisado el expediente se advierte que la parte demandada al contestar la demanda, propuso excepciones previas de caducidad de la acción prescripción de derechos reclamado.

En cuanto hace relación a la exigibilidad de los derechos el ordenamiento ha previsto que debe realizarse dentro de unos plazos preestablecidos en la ley procesal o sustancial, según el caso. No existen derechos indefinidos en el tiempo. El titular debe reclamarlos dentro de las oportunidades habilitadas para ello.

El artículo 48 de la Constitución Política tal como quedó modificado por el Acto legislativo Constitucional No. 01 de 2.005, establece que la seguridad social es un servicio público y correlativo derecho fundamental de las personas con las características de ser irrenunciable, inalienable e inconciliable.

Por otra parte, el artículo 64 del C.P.A.C.A, establece que los actos administrativos que reconozcan o denieguen prestaciones periódicas, como lo es por antonomasia la pensión, pueden ser demandados en cualquier tiempo.

Por tanto, la acción promovida en cuanto hace a la pretensión de reconocimiento de prestaciones sociales, cesantías y tiempos – cotizaciones a la seguridad social se ha hecho en oportunidad legal, porque pueden reclamarse en cualquier tiempo. Por consiguiente, en cuanto a esa pretensión se declarará no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta.

Finalmente, en cuanto hace relación a la excepción de la prescripción, habría sustracción de materia, amén de lo expuesto en cuanto a la excepción de caducidad. Es posible que haya operado prescripción de parte del derecho material pretendido pero, ello se dilucidará dependiendo de si se estiman o no, las pretensiones en la decisión de fondo. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad territorial demandada, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para el impulso procesal que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Aclara voto

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Proceso: 25899333400320160004901
Demandante William Andrés Gallego Ardila
Demandado: Caja de Retiro de la policía Nacional
Controversia: Reconocimiento Asignación de retiro con destitución.

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el primero (1) de noviembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Antecedentes.

El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó que se declare nulo el Oficio del 8055 del 5 de junio de 2015 expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó el reconocimiento de la asignación de retiro al SI ® William Andrés Gallego Ardila.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a reconocer al Intendente ® William Andrés Gallego Ardila la asignación de retiro, pagando además el retroactivo que le corresponde desde la fecha de su retiro, además que se reconozcan los perjuicios materiales causados y el daño moral causado. (fl. 36).

Fundamentos fácticos.

Los hechos que sirven a las pretensiones fueron consignados en la demanda así:

1. Que el demandante prestó sus servicios en la Policía Nacional, por espacio de 16 años, 10 meses y 4 días, siendo destituido de la Institución a partir del 16 de septiembre de 2012.
2. El 22 de abril de 2015, el actor solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro el reconocimiento de su asignación de retiro, petición que fue resuelta en forma

negativa por la entidad a través del Oficio de 8055 del 5 de junio de 2015, suscrito por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Sentencia de primera instancia.

A juicio del a-quo al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de una asignación de retiro mensual, pues la norma que debe ser aplicaba es el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que preveé como requisito para el reconocimiento del mismo la prestación del servicio mínimo de quince (15) años, sin detallar las causales que se suscitan para el retiro del servicio, sin embargo contempla la causal de mala conducta, que en palabras del juez de primer grado debe entenderse como una causal de tipo abierto en el que se incluyan las sanciones disciplinarias como en el caso que nos ocupa.

Asume que el Decreto 4433 de 2004, en armonía con la Ley 923 de 2004, no le puede ser aplicado al demandante al establecer: "no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al recogido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley, (...) ni inferior a 15 años cuando el retiro de produzca por cualquier otra causa"(fl.106).

Recurso de apelación.

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, interpone recurso de apelación contra la decisión de primera instancia solicitando se revoque la misma y en su lugar se nieguen a las pretensiones de la demanda.

Aduciendo la imposibilidad de la aplicación de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, pues el demandante nunca estuvo amparado por los mencionados decretos al ingresar directamente el nivel ejecutivo, por ende le deben aplicar el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1858 del 2012, vigente para el momento de la destitución.

Respecto de las costas, anota que resultan improcedentes porque dentro de la actuación no se acreditó la mala fé o temeridad en las actuaciones de la entidad demandada, como se ha exigido jurisprudencialmente la valoración del criterio subjetivo de la parte vencida para la condena en costas.

ACERVO PROBATORIO RECAUDADO

- Oficio 8055 del 5 de junio de 2015, mediante el cual dan respuesta a la solicitud de asignación mensual de retiro solicitada por el demandante, en la que informan que

de conformidad a los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, a los policiales destituidos para que se les sea reconocida una asignación mensual de retiro debe acreditar veinticinco (25) años de servicio. (fl. 2).

- Derecho de petición de fecha 22 de abril de 2015, dirigido a la Caja de Retiro de la Policía Nacional CASUR, en el que el accionante solicita se reconozca el pago de una asignación de retiro, el servicio de salud y el correspondiente retroactivo, sustenta la petición en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990; en sentencias del Consejo de estado 201300121 00 de la Sección segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en la sentencia 200700041 00 del 11 de octubre de 2012 del Consejo de Estado.(fl. 5-10).
- Resolución Número 03150 del 30 de agosto de 2012, mediante la cual se resuelve retirar del servicio de la Policía Nacional por destitución al accionante, (fl. 14)
- Fallo disciplinario del 16 de julio de 2012, suscrito por el Inspector Delegado Regional Uno, mediante el cual se confirma el fallo disciplinario de primera instancia No DECUN -2011-77 que ordenó la destitución e inhabilidad general por doce meses para ejercer funciones públicas, (fl. 15-25).
- Oficio S-2015-210028 del 15 de julio de 2015, mediante el cual se envía copia de la hoja de prestación de servicios No 80016260, el extracto de la historia laboral del demandante, (fl. 26 al 29)
- Constancia de conciliación Extrajudicial de la Procuraduría 136 Judicial II para asuntos Administrativos, solicitada el 10 de julio de 2015 y celebrada el 18 de agosto de 2015, la cual se declaró fallido por falta de ánimo conciliatorio, (fl. 34).

CONSIDERACIONES

Agotadas las distintas actuaciones propias de la segunda instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el juzgador colectivo a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente y los argumentos del apelante, a la luz de las normas legales pertinentes, para a partir de allí, adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la sala determinar si le asiste derecho al demandante a que la entidad pública demandada le reconozca y pague la asignación de retiro de conformidad con lo previsto por el Decreto 1212 de 1990 y el régimen de transición previsto en la Ley Marco 923 de 2004.

Régimen de asignación de retiro Fuerzas Militares.

De cara a resolver el problema jurídico planteado, resulta importante establecer si el SI @Gallego Ardila, hacia parte del régimen del nivel ejecutivo directo u homologado, teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia se afirmó que el demandante hacia parte del nivel ejecutivo por homologación, cosa distinta afirma la entidad demandada al alegar que fue un policial vinculado al nivel ejecutivo de forma directa.

Lo anterior resulta relevante toda vez que de ser parte del régimen de homologación tendríamos que estudiar el asunto bajo la perspectiva que el principio de la favorabilidad impone. Así las cosas, revisado el formato de hoja de servicio obrante a folio 27 del expediente, se observa que el SI @Gallego Ardila, ingresó como auxiliar de policía el 29 de enero de 1996 y luego fue alumno del nivel ejecutivo desde el 26 de agosto de la misma anualidad, de donde se desprende que no existió posibilidad de homologación de un nivel a otro y, en consecuencia, el policial demandante perteneció toda su carrera al nivel ejecutivo.

Corresponde a la Sala determinar la normatividad vigente en el momento de vinculación del demandante, esto es, el nivel ejecutivo de la policía nacional fue creación de la Ley 180 de 1995, la cual concedió facultades extraordinarias al poder ejecutivo para que se reglamentara el régimen a aplicar.

Luego, la aparición del Decreto 1091 de 1995¹, mediante el cual el Presidente de la República expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y contempló en el artículo 51, como requisitos para la asignación de retiro 20 años de servicio cuando la causal de retiro fuera destitución; disposición que fue declarada nula por el Consejo de Estado, al considerar que el poder ejecutivo no ostentaba la competencia para regular las prestaciones sociales como la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública.

Por lo anterior, al demandante en principio le será aplicada la norma general para las fuerzas militares que en ese entonces era el Decreto 1212 y 1213 de 1990.

¹Sentencia Consejo de Estado de 14 de febrero de 2007, Sección segunda de **Consejero ponente:** ALBERTO ARANGO MANTILLA, declara la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995.
disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10003278#ver_10003284

Por su parte, la Ley Marco 923 de 2004, a través de la cual el legislador fijó las pautas y lineamientos del régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, que deben ser observados por el Gobierno Nacional en el ejercicio de su potestad reglamentaria, señaló:

ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

*A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en Vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, **ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.***

(...)

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

(...)"

A través el Decreto 4433 de 2004 que fijó el régimen salarial pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, expresamente en el artículo 25 se exigió al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional un tiempo de servicio de 20 y 25 años, atendiendo la causal del retiro, como requisito para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro, norma que fue declara nula por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de abril de 2012, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, al determinar que dicho presupuesto fáctico era abiertamente contrario con aquellos previstos como límites materiales por el ordenamiento jurídico superior contenidos en la Ley Marco 923 de 2004.

Posteriormente, a través del Decreto 1858 de 2012, el Gobierno Nacional en relación con el régimen de transición para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional homologado o que ingresó al escalafón por incorporación, consagró lo siguiente:

"Artículo 1º.*Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se*

les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”

El Consejo de Estado con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortes, al decidir sobre el medio de control de nulidad simple, contra el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, expedido por el Gobierno Nacional, lo declaró la nulidad con efectos *ex tunc*, determinando que:

“En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.

Determinados entonces los límites materiales previstos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 que restringe el accionar del Gobierno Nacional al momento del ejercer la potestad reglamentaria ampliada para fijar el régimen de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, desemboca en un imperativo categórico establecer si con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se desconocieron, trasgredieron o vulneraron dichos confines normativos.

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicomprendensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Ahora bien, para efectos de determinar la consonancia o no del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 con el ordenamiento jurídico superior basta con realizar una confrontación entre los preceptos

normativos, centrando la almendra del problema por resolver en la conformidad o disconformidad entre los tiempos mínimos y máximos establecidos en la norma acusada para acceder a la asignación de retiro por parte de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente con respecto de aquellos términos temporales previstos en el numeral 3.1 inciso 2 de la Ley 923 de 2004.

Dado que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 señala de manera diáfana que el personal de la Policía Nacional que ingresó al Nivel Ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, podrán acceder a la asignación de retiro cuando quiera que cumplan con un mínimo de 20 años de servicio por una causal de desvinculación distinta a la de voluntad propia y con un máximo de 25 años tratándose del retiro por solicitud de parte o destitución; es dable concluir que los presupuestos normativos en ella contemplados se encuentran en abierta contradicción con aquellos previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior.

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental.

Tal exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada por parte del Gobierno Nacional ocurrió cuando quiera que so pretexto de fijar el régimen de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, que plasmó en la disposición demandada, osó en modificar el contenido de la Ley Marco, pasando por alto el hecho reiteradamente normado que las disposiciones reglamentarias deben estar subordinadas a la respectiva ley y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella."

Sobre los límites que se derivan de la Ley Marco 923 de 2004, en materia de asignación de retiro de las Fuerza Pública, el órgano de cierre de la jurisdicción, en la sentencia del 3 de septiembre de 2018, dentro del Proceso Rad No. **11001-03-25-000-2013-00543-00**, definió:

"Ab Initio es importante precisar que deviene con claridad meridiana que a partir del estudio de los artículos 2 y 3 de la Ley 923 de 2004, es dable establecer la existencia precisa de normas que a título de objetivos, criterios y elementos mínimos señalan unos axiomas y reglas que delinear y demarcan el accionar de las autoridades administrativas competentes para la fijación del régimen de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, de manera tal que estos se constituyen en verdaderos límites materiales no solo para el ejercicio de la potestad reglamentaria sino también para dotar de contenido el derecho cuya prestación se reclame.

En ese sentido, el derecho de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, incluyendo por supuesto a los miembros de la Policía Nacional, deberá ser fijado y dotado de contenido a la luz de la Ley Marco que lo regula por parte del Presidente de la República, quien integrando el Gobierno Nacional, resulta ser la autoridad competente para ello por ostentar la potestad reglamentaria ampliada³⁸; atendiendo para el efecto los siguientes límites materiales:

(i) Tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.

(ii) Conservar y respetar todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

(iii) El reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal, no podrá ser desconocido en ningún caso.

(iv) El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

(v) A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

(vi) Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres

(...)"

Luego, a partir de la norma transcrita y la interpretación del Consejo de Estado es posible concluir que la Ley 923 de 2004, consagra un régimen de transición para aquellos miembros de la Fuerza Pública que se encontraran activos al momento de su entrada en vigencia, entendiéndose, que la transición incluía todos los elementos del derecho prestacional, como lo es el tiempo de servicio, previsión bajo la cual, resultaría contrario a la norma exigir un tiempo para acceder a la asignación de retiro, distinto y superior al establecido en la normas anteriores a la Ley Marco.

Bajo esa lógica, resultan imperativos los límites materiales impuestos por la Ley marco 923 de 2004, al ejercicio de la potestad reglamentaria; en atención a ellos, el tiempo de servicio que exige a los oficiales y suboficiales, será el previsto en el Decreto 1212 de 1990.

En efecto, el Decreto 1858 de 2012 al exigir un tiempo mayor al determinado por el Decreto 1212 de 1990, pasando por alto la ley marco, representa un requisito más gravoso que retarda y obstruye el derecho a acceder a una asignación de retiro, es tanto como un retroceso de los derechos prestacionales para los miembros de las Fuerzas Públicas y sobrepasa la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

En ese sentido, ha sido el mismo Consejo de Estado quien ha prevalecido las disposiciones de la Ley Marco frente a las reglamentaciones del Gobierno que han resultado contrarias al orden jurídico superior, verbigracia, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez Páez declaró la nulidad de los artículos 24 y 30 del Decreto 4433 de 2004, al encontrar que desconocía los elementos mínimos establecidos por la Ley Marco 923 de 2004 incluidos en el régimen de asignación de retiro.

Luego, al haberse declarado la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, la norma vigente que resulta aplicable para determinar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, es el Decreto 1212 de 1990, que en el artículo 144 dispone:

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

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

Finalmente, el Presidente de la República en uso de las facultades legales conferidas por la Ley 923 de 2004, a través del Decreto 754 de 2019, fijó el régimen de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, al respecto señaló:

Artículo 1º. Régimen de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004. Fíjase el régimen de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales **tendrán derecho** cuando sean **retirados** de la institución con **quince (15) años** o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la

Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, por los primeros quince (15) años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años, y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, diferentes a las establecidas en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, serán computables para efectos de la asignación de retiro."

Observa la Sala que, el Decreto que pretendía subsanar el vacío del régimen de transición para aquellos policiales que ingresaron por incorporación directa al nivel ejecutivo, discrepa, al igual que los anteriores, en los límites temporales expuestos en la ley marco, pues el mínimo establecido en el Decreto 1212 de 1090 y la Ley marco 923 de 2004, era de (15) quince años incluyendo la causal por mala conducta o destitución; de manera que al incrementar el tiempo de servicio a veinte (20) años para policiales destituidos y activos a la entrada en vigencia de la Ley marco, se atenta flagrantemente contra la disposición que determina los límites de la legalidad de Decreto reglamentario, como en efecto lo ha hecho en anteriores oportunidades y se vio expuesto en la presente providencia.

En ese orden de ideas, el Decreto 754 de 2019 no es la norma aplicable al caso concreto, bajo el entendido que el juez no es un autómatas obligado a la aplicación de la Ley sin discrepancia y estudio jurídico, y aunque esta no es la instancia para la declaratoria y estudio de legalidad de la misma, si puede optar por su inaplicabilidad al caso concreto.²

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017)
Rad. No.: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13):

[L]a excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. (...) En esta sentencia, la Corte dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como «mixto», ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007.

Se advierte, además que la norma tiene vigencia desde el 30 de abril de 2019, este proceso judicial fue impetrado el 25 de septiembre de 2015, durante el lapso de cuatro años no existió norma diferente a aplicar que el Decreto 1212 de 1990 (la misma que se encontraba vigente a la fecha de la desvinculación); lo que conlleva a pensar que la mora en el desarrollo de este caso no puede traer consigo consecuencias adversas al demandante.

A partir de las pruebas aportadas al expediente, se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios a la Policía Nacional por 16 años, 10 meses y 4 días; fue retirado del servicio por destitución a partir del 18 de septiembre de 2012. De acuerdo con lo anterior, bajo el recuento normativo y jurisprudencia aplicable al caso, el demandante cumple los requisitos para acceder a la asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990, al acreditar los 15 años de servicios exigidos por la norma.

Como ha quedado expresado, se procederá a conceder el derecho de conformidad con el Decreto 1212 de 1990, y se inaplicada por excepción de inconstitucionalidad el Decreto 754 de 2019, .

Respecto de las costas, esta decantado que la responsabilidad objetiva en Colombia esta proscrita y dentro del trámite procesal no se evidenciaron actitudes de las cuales se desprenda la probanza de mala fé o dilatorias, se revocará la condena en costas impuesta en la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera proferida por instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá el día 1 de noviembre de 2016.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar parcialmentela sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá el día 1 de noviembre de 2016, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Revocar el numeral séptimo de la sentencia referido a la condena en costas y en su lugar absolver a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de las mismas.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaria de la Subsección regrese el expediente al Juzgado de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.



JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
Magistrado



Salvo parcialmente voto

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado



CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, D.C., tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Expediente: Rad. No.11001333502620160023802

Demandante: José Aldemar Torres Torres

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

Controversia: Reliquidación pensión de jubilación.

APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes demandada y demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Administrativo Oral de Bogotá, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), en el proceso instaurado por José Aldemar Torres Torres contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Antecedentes.

El señor José Aldemar Torres Torres, a través de apoderado judicial especial ha promovido ante esta jurisdicción acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP, pretendiendo sea declarada la nulidad de la Resolución No. RDP – 053248 de 14 de diciembre de 2015 y su confirmatoria No. RDP – 013484 de 29 de marzo de 2.016, por medio de las cuales se le denegó el reconocimiento de reliquidación de la pensión que le viene reconocida, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios: sueldo, prima de antigüedad, prima de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Como restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad pública demandada, reconozca, liquide y pague la pensión pero, con la inclusión de todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios: sueldo básico, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transportes, horas extras, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones. Que todas las sumas que resulten sean pagadas debidamente indexadas. Que se condene en costas y en agencias en derecho a la entidad pública demandada.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

1. El señor José Aldemar Torres Torres nació el 31 de enero de 1947.
2. El demandante prestó sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde el 03 de junio de 1971 hasta el 16 de octubre de 1991.
3. La Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión jubilatoria ordinaria por Resolución No. 28013 de 3 de octubre de 2.003, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el último año, incluyendo la asignación básica, bonificación por servicios y el incremento de antigüedad, de conformidad con el Decreto 2143 de 1995 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
4. Que el día 26 de agosto de 2.015 presentó solicitud de reliquidación de la pensión y le fue denegada por medio de los actos administrativos ahora demandados en nulidad en instancia judicial.

Contestación de la demanda.

A folios 94 y ss, del expediente obra escrito de contestación de la demanda por la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional-UGPP, quien se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita se declaren probadas las excepciones perentorias propuestas de prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de vicios de nulidad de los actos demandados y consecuentemente, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Sentencia de primera instancia.

En primera instancia el proceso correspondió al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, quien mediante sentencia de fecha 28 de noviembre

de 2.017 accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 149 y ss del expediente), argumentando que conforme la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2.010, la pensión debe reconocerse teniendo en cuenta la totalidad de los factores de salario devengados durante el último año de servicios del empleado o trabajador.

Conforme lo anterior, el A quo resolvió las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 053248 del 14 de diciembre de 2015, por la cual se negó la reliquidación de la pensión del demandante con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio y de la Resolución No. RDP 013484 del 29 de marzo de 2016 que confirmó la anterior decisión al desatar el recurso de apelación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES Parafiscales DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -U.G.P.P., a re liquidar la pensión de jubilación del demandante José Aldemar Torres Torres, identificado con cedula de ciudadanía No. 4.401.115, con base en el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 16 de octubre de 1990 al 15 de octubre de 1991, esto es con los factores salariales de asignación básica, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, estas últimas cuatro deberán ser liquidadas en forma proporcional a una doceava (1/12) parte, con la indexación de la primera mesada pensional al 1° de febrero de 2002, por adquirir el status pensional al cumplir el requisito de edad, efectiva a partir de la misma fecha, pero con efectos fiscales a partir del 26 de agosto de 2012 por prescripción trienal de las diferencias de las mesadas pensionales causadas. Igualmente la entidad deberá realizar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad pensional, si no se hubiere hecho, en la proporción que corresponda al demandante.

Se precisa que la entidad deberá aplicar los reajustes anuales de ley, y hacer los descuentos no practicados sobre los nuevos factores que componen la cuantía de a pensión, en la proporción que corresponda a la parte demandante por un periodo que no puede exceder de cinco (5) años, si por cualquier causa, no se hacen dichos descuentos, ello no impide la reliquidación de la pensión que aquí se ordena. Asimismo, deberá actualizar las diferencias respecto de las sumas pagadas y cumplir la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO. Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

CUARTO. La entidad demandada, deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos indicados en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO. Por secretaria procédase a la comunicación de la sentencia para su ejecución y cumplimiento de conformidad con el artículo 203 inciso final de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 192 inciso final ibidem.

SEXTO. Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaria del Juzgado, devuélvase a la parte demandante el remanente de la suma consignada para gastos ordinarios del proceso si los hubiere; expídanse las copias respectivas conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso de (CGP), déjense las constancias de rigor, y archívese el expediente."

Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia mediante escrito visible a folios 169 y ss del expediente, pide se adicione la sentencia recurrida en cuanto debe ordenarse incluir en la reliquidación de la pensión el factor de salario horas extras, las cuales fueron certificadas.

A folios 161 y ss, del expediente, la entidad pública demandada también recurre en apelación impetrando la revocatoria de la sentencia, en atención a que la pensión fue debidamente reconocida conforme lo ordenado por las normas legales pertinentes, Ley 100 de 1.993 y el Decreto 1158 de 1.994; aduce que el Juez ordenó la reliquidación sin tener en cuenta el inciso tercero de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio del último año de servicios e incluyendo en esta emolumentos que no son constitutivos de salario y otros de las cuales no se ha hecho cotización alguna.

Proposición jurídica a resolver en esta instancia.

De conformidad con la demanda, contestaciones, sentencia recurrida y sustentación de la apelación, el objeto de esta controversia a definir por el Tribunal está dado por determinar si con las pruebas arrimadas al expediente, la pensión del actor, debe o no, ser reliquidada teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios o como lo resolvió la entidad demandada, esto es, sólo incluyendo los factores respecto de los cuales se realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Consideraciones del Tribunal.

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el juzgador colectivo a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, dispuso en su Artículo 1º:

"ARTICULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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 que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio..."

En el artículo 3º ibídem, enlistó los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, de la siguiente manera:

"ARTICULO 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deberán 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 trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas Extras
- Bonificación por servicios prestados
- 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."

El anterior precepto fue modificado posteriormente por la Ley 62 de 1985, que dispuso en el inciso segundo del Artículo 1º:

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica ascensorial y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes..." (Subrayado fuera del texto original).

Se tiene entonces, que bajo la normatividad antes transcrita, la pensión de jubilación debía liquidarse con aquellos factores determinados por la preceptiva en referencia; esto, por cuanto en el inciso segundo se establece que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los factores indicados en la misma, en tratándose de servidores del orden nacional.

Sin embargo, el inciso siguiente refiere a los empleados oficiales de cualquier orden, disponiendo que las pensiones de jubilación de ese personal siempre se liquidaran sobre los factores que hayan servido de base para calcular

los aportes correspondientes para pensión, tal como lo manifiesta la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹.

Si se tiene en cuenta las Leyes 33 y 62 de 1985, para reliquidar la pensión de jubilación de los empleados oficiales, debe quedar en claro que éstas normas enlistan los factores de salario a tener en cuenta para la cuantificación de las pensiones, sin embargo, no siempre esos factores corresponden en número, denominación y cuantía a los devengados por el servidor público durante el periodo ha considerarse, esto es, último año de servicio o promedio de los últimos años de servicio, según el caso. Por regla general, son más los factores devengados durante ese último año de servicio a los enlistados por las citadas leyes y que deben ser computados, por ello, no siempre resulta pertinente e imperativo aplicar los factores de salarios devengados durante el último año de servicio y certificados por la respetiva entidad o empleador, dado que se reitera, no corresponden en número y denominación con los enlistados taxativamente en aquellas normas.

Inicialmente la tesis plateada por esta Corporación, señalaba que el artículo 3º de la Ley 33 como el 1º de la Ley 62 de 1985, seguramente atendiendo el derecho sustancial, indicó que las pensiones corresponden en su base primaria a un ahorro que durante la vida laboral ha realizado el empleado, previendo que la liquidación de la pensión de jubilación deberá ser calculada y reconocida teniendo en cuenta todos los factores de salario respecto de los cuales el trabajador hubiere hecho aportes o cotizaciones.

Sin embargo, la Jurisprudencia Unificada de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado², definió que la liquidación o reliquidación pensional debía incluir la totalidad de los factores de salarios devengados en el último año de servicios, equivalente al 75% del salario mensual, al respecto el máximo órgano señaló:

"PENSION DE JUBILACION – Factores. Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Sentencia de unificación) En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", C.P: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de fecha 18 de diciembre de 2010 bajo el radicado 2004-04269-01(1020-08).

² Consejo de Estado, Sección Segunda 04 de agosto de 2010, Radicado 0112-2009

interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985- ARTICULO 3 / LEY 62 DE 1985-ARTICULO 1 PENSION DE JUBILACION – Factores. Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

Como consecuencia del anterior pronunciamiento, esta Sección cambió el criterio que venía siguiendo hasta la fecha, en el sentido de ordenar que en adelante se reconocieran y liquidaran las pensiones de jubilación, en aplicación de los regímenes generales, incluyendo la totalidad de los factores de salarios devengados por el servidor o ex-servidor público, durante el último año de servicios y limitado hasta el 75% de los mismos.

Posteriormente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2.018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, definió:

*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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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.*

101. *A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

102. *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

103. *Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema."*

(...)"

De acuerdo con este nuevo lineamiento de unificación, la regla general es que quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, pero adquirieron el status pensional con posterioridad a su vigencia, los requisitos de edad, tiempo y monto serán los que determine el régimen anterior, mientras que, el ingreso base de liquidación deberá definirse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a los factores que hacen parte del Ingreso base de liquidación, definió el órgano de cierre de la jurisdicción, que solo debían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado aportes al sistema, con fundamento en el principio de solidaridad y sostenibilidad fiscal, contenidos en los artículos 1o y 48 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Concluyendo entonces que, el concepto de salario entendido como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación por su servicio, difiere sustancialmente del concepto de factor salarial a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de las prestaciones pensionales reconocidas a los servidores públicos y que, aun cuando inicialmente su equivalencia se justificó en el principio de favorabilidad en pro de la condición más beneficiosa al trabajador, lo cierto es, que tal interpretación excede la voluntad del legislador y hace inviable el sistema pensional cuya base fundamental son los aportes de los afiliados como garantía del Estado para asegurar la universalidad del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Así las cosas, las pensiones deben en lo sucesivo, ser reconocidas solamente teniendo en cuenta los factores que se encuentren enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, respecto de los cuales cada persona hubiere realizado aportes para la seguridad social en pensiones, vale decir, se acoge en adelante, las disposiciones constitucionales y legales aludidas.

Caso Concreto.

De acuerdo con las pruebas aportadas al expediente se demostró que el señor José Aldemar Torres Torres, nació el 31 de enero de 1947; estuvo vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde el 3 de junio de 1971 al 16 de octubre de 1991.

Que de acuerdo con lo anterior, cumplió 20 años de servicio el 2 de junio de 1991, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, luego su derecho pensional se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad.

A través de la Resolución No. 28013 del 11 de septiembre de 2002, la Caja de Previsión Nacional, le reconoció a la demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación efectiva a partir del 1 de febrero de 2002, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios restados y los incrementos por antigüedad, conforme lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2143 de 1995 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que de acuerdo con el Formato No. 3 de Salarios mes a mes visible a folio 22 del expediente, el señor José Aldemar Torres Torres, durante el último año de servicio, devengó horas extras.

Según el certificado suscrito por la Coordinadora del Grupo de Historias Laborales de la Dirección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el demandante durante el último año de servicios también devengó los siguientes factores salariales: sueldo, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transportes, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

El juez de primera instancia ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, reliquidar la pensión de jubilación al demandante sobre el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 16 de octubre de 1990 al 15 de octubre de 1991, esto es con los factores salariales de asignación básica, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, estas últimas cuatro deberán ser liquidadas en forma proporcional a una doceava (1/12) parte, decisión que esta Sala de decisión no encuentra ajustada a derecho, de conformidad con las normas que rige el reconocimiento pensional de la demandante.

En efecto, la demandante al haber cumplido 20 años dentro de la vigencia de la Ley 33 de 1985, su prestación debió liquidarse sobre el 75% del promedio de salarios del último año de servicios; sin embargo, el ingreso base de liquidación solo se integra con los factores que se encuentran enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de la misma anualidad.

Luego, de acuerdo con el certificados de salarios aportado al expediente y la norma aplicable al caso, la pensión e la demandante debe liquidarse sobre el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios incluyendo: la asignación básica, las horas extras, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad, factores que se encuentren enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de la misma anualidad.

Sobre la prescripción, tal y como lo declaró el A quo en la providencia recurrida, el valor de las diferencias sobre las mesadas que resultaren a favor, se pagaran a partir del 26 de agosto de 2012 31 de marzo de 2013, teniendo en

cuenta que la petición data del 26 de agosto de 2015 y el reconocimiento es efectivo desde el 1 de febrero de 2002.

Finalmente, sobre la indexación de la primera mesada es preciso señalar que los intereses de cualquiera índole que prevean las normas legales o que convengan las partes respecto de un negocio en particular, corresponderán siempre y en todos los casos, a la renta o rédito que produce ese capital; mientras que la corrección o indexación monetaria, que es la pretensión de la demanda en el caso concreto al estudio, corresponde es a la reposición o compensación de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en razón de la inflación, entre otros factores o elementos de la economía.

Desde el inicio de vigencia del Código Civil (1.873), se consagró que el deudor que paga con moneda devaluada, paga en forma incompleta. Luego, constituye un deber de conducta para el deudor que paga encontrándose en mora, reconocer y pagar el valor de reposición o indexación causada entre el día en que conforme al título debía efectuarse el pago y la fecha en que finalmente se produce. El Consejo de Estado, desde 1.982 ha reconocido y ordenado oficiosamente el pago de la corrección monetaria, como único correctivo o medio de compensación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En sentencia de 29 de septiembre de 2.005, esa Corporación expresó:

" (...)

La Sala ha venido accediendo al reconocimiento oficioso del ajuste de la condena. Ha dicho que, si bien la Constitución somete al juez al imperio de la ley, no es menos cierto que ella también permite acudir a la equidad como un criterio auxiliar para resolver criterios jurídicos; que el restablecimiento del derecho solicita de manera que represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido, es decir, que el restablecimiento debe ser completo para que resulte justo y equitativo; y que la devaluaciones un fenómeno económico notorio que no requiere ni solicitud ni prueba.

(...)." "

Concretamente sobre la indexación del ingreso base de liquidación, el H. Consejo de Estado, señaló:

"Indexación del ingreso base de liquidación.

Respecto de la actualización de la mesada pensional, la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez, en sentencia de 23 de mayo de 2002, Exp. No. 4798-01, consideró:

"Sin embargo, es innegable y así lo viene sosteniendo la Sala en reiterados pronunciamientos, que en economía inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias.

Siguiendo los lineamientos en las sentencias, cuya parte pertinente cita y transcribe el recurrente, es preciso recordar de una parte que la Constitución Política consagra el

principio de la equidad como criterio auxiliar en la actividad judicial, debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el ordenamiento jurídico, disposiciones de orden legal que autorizan la indexación o revalorización de las condenas impuestas por esta jurisdicción (art. 178 del C.C.A.).

La Sala para resolver el problema jurídico aquí planteado, como lo ha hecho en otras ocasiones, transcribe y acoge las consideraciones expuestas en la sentencia de 15 de junio de 2000 dictada en el proceso No. 2926-99, en cuanto dijo:

"En materia de ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, la jurisprudencia ha sido armónica con la concepción del Estado Social de Derecho que nos rige a partir de la Carta Política de 1991, su dinámica gira alrededor de la vigencia de un orden justo, para lo cual asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Ha llegado incluso a decretar de manera oficiosa la actualización de valores económicos".

Teniendo en cuenta razones de justicia y equidad, es del caso que las sumas devengadas al momento del retiro sean actualizadas a la fecha en que sea reconocido el derecho pues de no ser así el beneficiario con la prestación perdería el poder adquisitivo de la misma.

En el sub lite se encuentra demostrado que el retiro del servicio se produjo antes del cumplimiento del status pensional, es decir, que cuando fue reconocido el derecho, 14 de marzo de 2005, los factores devengados al retiro, 13 de noviembre de 1997, ya habían perdido poder adquisitivo, por tal razón resulta necesario ordenar la actualización de los factores omitidos aplicando el índice de precios al consumidor correspondiente a cada mes.

*Para tal efecto **la entidad demandada, deberá actualizar la totalidad de los factores que componen el ingreso base de liquidación al momento del reconocimiento pensional.(negrilla fuera del texto original)**.*

La actualización de la primera mesada que se hace sobre la base salarial del trabajador al momento de su retiro, se reconoce a quien habiendo cumplido con el tiempo de servicio se retira en un año determinado; y cumple la edad para acceder al derecho pensional uno o más años después de dicho retiro, de modo que con ocasión del transcurso del tiempo, el salario base con que se liquidó la prestación aludida, sufrió un detrimento económico.³

En consecuencia, al momento de la liquidación de la pensión, el salario devengado en el último año de servicios debe traerse al valor presente de manera que el porcentaje que efectivamente se otorgue como pensión, no constituya una afrenta contra la equidad, por ser un monto devaluado, ordenándose de ser procedente la indexación de los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios en la liquidación pensional, según el

³ T 007-2013 Corte Constitucional La jurisprudencia constitucional ha entendido que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional, cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira de su empresa y el reconocimiento de la pensión. Dicha garantía tiene fundamento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión y reside fundamentalmente en los artículos 48 y 53 de la Carta.

Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE a la fecha de reconocimiento de la pensión.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, el señor José Aldemar Torres adquirió el status pensional el 31 de enero de 2002, cuando cumplió los 55 años de edad y el retiro del servicio tuvo lugar el 16 de octubre de 1991.

Luego, bajo estos presupuestos, resulta procedente ordenar a la entidad demandada indexar la primera mesada de la pensión, a partir del 16 de octubre de 1990 y hasta el 1 de febrero de 2002, aplicando el IPC correspondiente a los años 1989 a 2001, tal y como lo declaró el Juez en su providencia.

Así las cosas se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, con excepción del ordinal segundo que se modificará de acuerdo con las pautas expuestas en la parte motiva de esta providencia.

No se proferirá condena en costas, por no advertirse temeridad en el ejercicio del medio de control ni actuaciones dilatorias procesales.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida 28 de noviembre de 2.017 por el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, con excepción del ordinal segundo que se modificará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE

LA PROTECCIÓN SOCIAL -U.G.P.P., a reliquidar la pensión de jubilación del demandante José Aldemar Torres Torres, identificado con cedula de ciudadanía No. 4.401.115, con base en el 75% del salario promedio mensual que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, comprendido entre el 16 de octubre de 1990 al 15 de octubre de 1991, esto es con los factores salariales de **asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios y horas extras**, con la indexación de la primera mesada pensional al 1º de febrero de 2002, por adquirir el status pensional al cumplir el requisito de edad, efectiva a partir de la misma fecha, pero con efectos fiscales a partir del 26 de agosto de 2012 por prescripción trienal de las diferencias de las mesadas pensionales causadas. Igualmente la entidad deberá realizar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad pensional, si no se hubiere hecho, en la proporción que corresponda al demandante.

Se precisa que la entidad deberá aplicar los reajustes anuales de ley, y hacer los descuentos no practicados sobre los nuevos factores que componen la cuantía de la pensión, en la proporción que corresponda a la parte demandante por un periodo que no puede exceder de cinco (5) años, si por cualquier causa, no se hacen dichos descuentos, ello no impide la reliquidación de la pensión que aquí se ordena. Asimismo, deberá actualizar las diferencias respecto de las sumas pagadas y cumplir la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

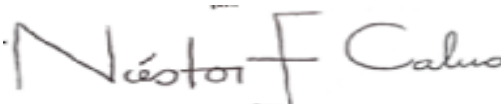
SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaria de la Subsección regrese el expediente al Juzgado de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.



JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
Magistrado



Aclaro parcialmente voto

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado



CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **José María Armenta Fuentes**

Radicado: 2017 -000331 01
Demandante: José Antonio Largo
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR
Controversia: Prima de actualización – ineptitud de demanda.

Decide la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, el 25 de octubre de 2018, en el proceso instaurado por José Antonio Largo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR por medio del cual se ordenó dar por terminado el proceso al encontrar probada de oficio la excepción de inepta demandada.

Antecedentes

El señor José Antonio Largo, a través de apoderado judicial especial ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, pretendiendo sea declarada la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 261560 de 6 de septiembre de 2.017, por medio del cual se le denegó el reconocimiento y reliquidación de la asignación de retiro incluyendo la prima de actualización en el grado de cabo primero de la Policía Nacional. Como restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada a reajustar la asignación de retiro aplicando la prima de actualización que como Cabo primero le corresponde, según la Ley 4 de 1.992 y normas reglamentarias a partir de 30 de mayo de 1.985. Que los pagos se realicen indexados y se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

Que el demandante prestó sus servicios personales a la Policía Nacional hasta el día 30 de mayo de 1.985, habiéndose hecho acreedor a la asignación de retiro como Cabo primero.

Que le solicitó a la demandada el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actualización según petición de fecha 28 de agosto de 2.017.

Que por medio del acto demandado en nulidad se le denegó el derecho reclamado. Que la referida prima se le debe desde 1.992 hasta 1.995 inclusive.

Que CASUR, no le ha incorporado la prima de actualización en la asignación de retiro.

Que al no haberse incorporado en la primera mesada tampoco se hizo el reajuste correspondiente desde el 1 de enero de 1.992.

Que desde la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado en 1.997 debe realizarse el reajuste con base en la prima de actualización. Que si bien la prima tuvo vigencia entre 1.992 a 1.995, los derechos se vuelven permanentes y no se pierden con las nuevas normas.

Que no ha operado la caducidad porque se trata de prestaciones periódicas que se pueden demandar en cualquier tiempo.

Contestación de la demanda instaurada.

La parte demandada hizo contestación a la demanda a folios 31 y siguientes del expediente. Se opone a la prosperidad de las pretensiones. Que el demandante tiene la asignación de retiro reconocida desde 1985. Reconocida con base en el decreto 1212 de 1990, en un 58% del básico más las partidas computables. Esa prima de actualización tuvo vigencia limitada. En efecto se derogó mediante el decreto 107 de 1996, al tener vigencia transitoria excepcionó inexistencia del derecho.

Providencia de primera instancia.

El proceso en primera instancia le correspondió al Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, quien dentro de la audiencia pública inicial celebrada el día 25 de octubre de 2018 (fls. 47 y ss.), declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto se pretende la nulidad del acto contenido en el oficio No. 261560 de 6 de septiembre de 2.017, el cual constituye un acto de trámite al limitarse a remitir la respuesta emitida con anterioridad en la resolución No. 2248 de 6 de junio de 2.000 (fls. 5 y 6 ib), mediante la cual se negó la solicitud de reconocimiento de la prima de actualización porque operó el fenómeno de la prescripción cuatrienal de mesadas.

Recurso de apelación contra el auto que declaró la excepción probada.

La parte recurrente sostiene que en tratándose de prestaciones periódicas podía reclamar en cualquier tiempo. Por consiguiente la decisión no es acertada.

Consideraciones del Tribunal.

La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda ha sido adoptada del Código General del Proceso artículo 100, y es posible respecto la carencia de requisitos formales de la demanda o por indebida acumulación de pretensiones, con el ánimo de sanear el proceso en la primera parte de su procedimiento y evitar arribar a sentencias inhibitorias.

En efecto, las pretensiones que se plantean en la demanda son las que circunscriben la órbita decisional del juez y es el estudio de las mismas, el que permite determinar el alcance y los efectos jurídicos que eventualmente se obtendrían con la nulidad del acto administrativo demandado.

Para el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es relevante identificar la actuación que produjo el perjuicio, es decir, debe demandarse judicialmente aquel acto administrativo que generó la lesión alegada sobre el derecho subjetivo, para que pueda válidamente traducirse en un restablecimiento en favor de la parte demandante.

Nótese que las pretensiones que se plantean en la demanda delimitan el ejercicio de la capacidad decisoria del juez y por supuesto debe guardar congruencia la nulidad del acto con el restablecimiento del derecho pretendido, de lo contrario, se torna dificultosa la labor de adoptar una decisión de fondo, lo que indiscutiblemente llevaría a un fallo inhibitorio.

Examinado el expediente y especialmente la demanda y el documento visto a folios 5, 6 y 7 del expediente se advierte que efectivamente el demandante en época pretérita había formulado la misma petición en instancia gubernativa, siendo resuelta de fondo en relación con lo que ahora pretende en vía judicial, es decir, reconocimiento de la prima de actualización y el consecuente reajuste de la asignación de retiro que le viene reconocida desde 1985 al demandante.

En ese acto administrativo le resolvieron al demandante que no le asistía derecho a la prima de actualización¹. Por tanto, si no estaba conforme con esa decisión pudo demandar la nulidad de la misma dentro del término de caducidad adscrito a la acción de nulidad. Hoy, estaría caducado tal medio de control.

Es cierto lo que declara la providencia impugnada, en relación a que el oficio demandado no contiene decisión alguna, pues en su párrafo primero dice (fl.5): *“Se constató que la Entidad con Resolución No 2248 del 09 – 06 -2000 y oficio No 00808 del 17-02 2004, atendió de fondo la solicitudes de ajustes de*

¹ Resolución 2248 del 09 de junio de 2000. Resuelve. Atender en forma desfavorable la solicitud del Cabo Primero José Antonio Largo (...) relacionada con el reconocimiento y pago de la prima de actualización como parte de la asignación de retiro. (fl.7).

asignación de retiro". Por lo que se ajustó a informarle al demandante que lo que ahora reclamaba se le resolvió de fondo por medio de la Resolución No. 2248 de 9 de junio del 2000.

En ese orden de cosas, las pretensión de nulidad sobre un acto administrativo de trámite no es procedente, "un presupuesto primordial para la admisión de una demanda dentro la jurisdicción de lo contencioso administrativo es que el acto cuya legalidad se cuestiona tenga carácter definitivo, es decir, "aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación"²

En ese orden de cosas, es claro que la providencia por medio de la cual se declaró ineptitud sustantiva de la demanda debe ser confirmada por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto.

RESUELVE:

Primero: Confirmar el auto de fecha 25 de octubre de 2.018 por medio del cual se declaró probada la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, de conformidad con las consideraciones precedentes.

Segundo: Notificada esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada
Salvamento de voto

² Art. 43 de CPACA

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección segunda
Subsección "A".

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Expediente Rad. No. 2.017- 00287 -01

Demandante: Jairo Betancourt Fernández

Demandado: Contraloría General de la República.

Controversia: nulidad de insubsistencia – reintegro.

APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Cuarenta y Siete (47) Administrativo de Bogotá –, el día seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2.018), en el proceso instaurado por el señor Jairo Betancourt Fernández contra la Contraloría General de la República, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO BETANCOURT FERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial especial ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento en contra de la Contraloría general de la República pretendiendo sea declarada la nulidad de la Resolución No. ORD- 81117 de 10 de febrero de 2.017 por medio de la cual fue retirado del servicio del cargo de profesional universitario, Nivel Profesional, Grado 01 del SRG- Grupo Interno de Control Fiscal Macro, de la Contraloría.

Como restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al mismo empleo que desempeñaba u otro de igual o superior categoría, a reconocerle y pagarle los sueldos y prestaciones sociales dejadas

de percibir durante el período del retiro del servicio, debidamente indexados. Que se declare que no ha existido solución de continuidad del servicio para los efectos de seguridad social y que se condene en costas a la entidad demandada.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

Que el demandante fue nombrado en el cargo de profesional universitario Grado 01, adscrito a la planta temporal de Empleos de la Contraloría General de la República, según Resolución No. 0644 de 20 de febrero de 2.013.

Que la Corte Constitucional en sentencia C-618 de 2.015 declaró que los cargos de profesionales universitario como el que desempeñaba el demandante pertenece a la carrera administrativa. No es de libre nombramiento y remoción.

Que el demandante fue retirado del servicio por medio de la Resolución No. ORD-81117 de 10 de febrero de 2.017. Que la planta de personal de carácter temporal de la Contraloría pagada con recursos del sistema de regalías fue prorrogada hasta diciembre de 2.018. Por lo que existía la posibilidad de prórroga del nombramiento que le venía realizado.

Que el estudio técnico para la supresión del cargo que desempeñaba el demandante no fue tratado de manera específica en el mismo, por lo que se estructuró el vicio de falsa motivación del acto administrativo de retiro.

Contestación de la demanda instaurada.

A folios 114 y subsiguientes del expediente la entidad demandada hizo contestación de la demanda, se opone a la prosperidad de las pretensiones. Que el acto demandado en nulidad fue expedido conforme al ordenamiento jurídico por lo que solita se denieguen las súplicas de la demanda.

Que el nombramiento que le venía realizado al demandante era en provisionalidad de temporal, que no puede equipararse a vinculación de carrera.

Que esos cargos fueron creados de manera contingente y para pagar la remuneración se previó se haría con recursos del sistema de regalías. Esa planta temporal ostentaba una existencia precaria y que de manera alguna esos nombramientos estaban previsto hasta el día 31 de diciembre de 2.018. Que

esos nombramientos encuentran su limitación temporal a la disponibilidad de recursos para pagar el sueldo y prestaciones sociales. En consecuencia, el retiro del servicio del demandante no implicó vicios de nulidad endilgados al acto en la demanda.

Sentencia de primera instancia.

En primera instancia el proceso le correspondió en primera instancia al Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo de Bogotá, quien por medio de sentencia de fecha 6 de noviembre de 2.018 denegó las pretensiones de la demanda (fls. 193 y ss, del expediente), argumentando que el estudio técnico elaborado para la implementación de la reestructuración de la planta de personal temporal informó acerca de los recursos del presupuesto para la continuación de esos empleos temporales. Que el retiro del servicio del demandante no se hizo por discrecionalidad del nominador porque no fue empleada la declaratoria de insubsistencia para ordenar el retiro del servicio. Que en todo caso, no se estructuraron los vicios endilgados al acto de retiro en la demanda.

Consideraciones del Tribunal.

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado procede el juzgador colectivo a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para a partir de allí adoptar la decisión que en derecho y justicia corresponda en el sub lite.

El artículo 25 de la Constitución Política establece que el trabajo es derecho fundamental y que goza de especial protección por parte del Estado en todas sus modalidades.

El artículo 12 de la Constitución establece que todos los empleos públicos tienen determinadas sus funciones en la Constitución, en la ley o en el reglamento y recursos incorporados en el correspondiente presupuesto de la entidad para proveer al pago de los sueldos y prestaciones sociales respectivos.

El artículo 125 de la Constitución consagra que por regla general los empleos públicos en Colombia pertenecen a la carrera administrativa, sin interesar el nivel de la respectiva entidad a la cual se encuentren adscritos, siendo los de libre nombramiento y remoción la excepción. Que a los primeros se accede y asciende en razón a lista de elegibles originada en concurso de mérito.

La Ley 909 de 2.004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", ha determinado:

“Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales

Artículo 2º. principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

....

Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

...

Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

...”.

El Decreto 1227 de 2005 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”, dispuso en su artículo 7:

“Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

....

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.”

Queda en claro que la clasificación y naturaleza de los empleos, el ingreso, permanencia y retiro de la función pública lo determina expresamente la Constitución y la ley, más no, la forma o modalidad de vinculación. Igualmente, que las decisiones para nombrar y remover los empleados del Estado se encuentran limitada por la ley, y que el debido proceso debe seguirse en todas las actuaciones del Estado.

Dichos mandatos constitucionales deben leerse de manera integral, es decir, sin que por prevalencia de uno se puedan sacrificar o vulnerar los demás. Así las cosas, para la declaratoria de insubsistencia de cualquier empleado del Estado, en uso de las potestades otorgadas por la Constitución Política, se debe tener en cuenta el tipo de cargo ejercido (de carrera o de libre nombramiento y remoción) y motivos objetivos para tal desvinculación (debido proceso).

Para la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no se requiere motivación expresa, por el carácter de confianza intuito persona requerido para el desempeño.

Sin embargo, lo mismo no ocurre para la declaratoria de insubsistencia de un empleado con nombramiento provisional que se desempeñe en un cargo de carrera, la cual debe ser motivada, pues dichos cargos son ocupados por personas de especiales habilidades y conocimientos técnicos, sin importar, como en el caso de los de libre nombramiento y remoción, las condiciones intuito persona.

Por su parte, los empleados de carrera que integran el régimen general de acceso a los empleos públicos, cuya vinculación se funda principalmente en el mérito como criterio de selección y conservación del empleo, gozan de una estabilidad reforzada, que garantiza la plena armonía del derecho al trabajo con el cumplimiento de los fines esenciales de la función pública como son la moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad entre otros, a partir de la perdurabilidad de empleados con especiales capacidades.

La Constitución y la Jurisprudencia, reconoce sustancialmente la existencia de criterios diferenciadores entre los empleados y servidores públicos de carrera y aquellos que no pertenecen a esta; exaltando que los primeros se someten a un mecanismo de clasificación, selección y calificación a través del concurso, que los hace merecedores de una serie de privilegios, atribuibles al mérito.

Debe decir el Tribunal, que la totalidad de los servidores públicos ora de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben en principio, representar por lo menos, un alto grado de confianza para la autoridad administrativa nominadora. En caso contrario, seguramente, no podría ser nombrado en cargo público alguno.

Se establece igualmente que en los cargos pertenecientes a la carrera los nombramientos provisionales pueden realizarse mientras el empleo se provea en propiedad en virtud de lista de elegible.

CASO CONCRETO

La vinculación laboral administrativa realizada al demandante en el cargo de profesional universitario estuvo motivada por las siguientes razones: i) fue creada una planta adicional con carácter temporal en la Contraloría General, con una finalidad específica; ii) recursos presupuestales provenientes del sistema de regalías y, iii) las vigencias fiscales están estructuradas por anualidades.

El demandante fue vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, en un empleo temporal. Esa planta temporal, por razones obvias, no podía ser provista mediante concurso de mérito, como en efecto, no lo fue porque como se ha expresado, eran cargos transitorios y por tanto no permanentes ni incorporados en la planta primigenia u ordinaria de la Contraloría General de la República.

En el expediente se encuentra declarado hasta por el demandante, que el nombramiento era temporal porque pendía de la consecución de los recursos presupuestales correspondientes. Al ser contingentes los recursos, es válido que se mantuvieran muchos empleos y otros tantos no, se repite, no pueden subsistir empleos según voces del artículo 122 superior citado si no se cuenta con el presupuesto para pagar sueldos y prestaciones sociales correspondientes.

La carencia de recursos presupuestales para sostener la planta temporal en la Contraloría constituyó razón suficiente para ordenar el retiro del servicio del demandante, cualquiera hubiese sido la figura utilizada ora terminación de la vinculación, ora declaración de insubsistencia del nombramiento, etc. Por

consiguiente, como bien lo declaró la providencia recurrida, no se probaron los vicios endilgados al acto administrativo demandado en nulidad.

Por lo que ha quedado expuesto el Tribunal procederá a confirmar la sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda de fecha 6 de noviembre de 2.018 proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo de Bogotá. Sin costas en la instancia.

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

FALLA:

PRIMERO. - Confirmar la sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda de fecha 6 de noviembre de 2.018 proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo de Bogotá, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en la instancia.

TERCERO. - Notificada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado-en sesión realizada en la fecha



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Salvo parcialmente voto

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

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

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE: **No. 2017-0294-01**
DEMANDANTE: José Gilberto Salazar Buitrago
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- U.G.P.P
CONTROVERSIA: Reliquidación pensión

APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda, el día veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2.018), que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El Señor José Gilberto Salazar Buitrago a través de apoderado judicial especial han promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- U.G.P.P, pretendiendo lo siguiente:

*[...] PRIMERA- Que se declare la **NULIDAD PARCIAL** en su **ARTÍCULO SEGUNDO** del Acto Administrativo, concreto y expreso contenido en la **Resolución N°PAP-036196 de fecha veintiocho (28) de enero de dos mil once (2011)**, proferida por el doctor **JAIRO DE JESÚS CORTÉS ARIAS**, en calidad de Liquidador de la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E.- EN LIQUIDACIÓN**, por medio de la cual se reliquida la prestación periódica de término indefinido, pensión mensual vitalicia por vejez, a favor del señor **SALAZAR BUITRAGO JOSÉ GILBERTO**, ya identificado, en cuantía de **UN MILLÓN, TREINTA MIL, CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$1'030.429,00) M/CTE**, efectiva a partir del primero (1°) de enero de dos mil ocho (2008).*

***SEGUNDA.** – Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se ordene dar aplicación a la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales devengados y percibidos en el último año de la prestación efectiva del servicio del señor **JOSÉ GILBERTO SALAZAR BUITRAGO**, en su condición de servidor público, los cuales percibió entre el 1° de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007.*

***TERCERA.** – Que como consecuencia lógica y natural de las anteriores pretensiones ordenar que se **reconozca, reliquide y pague** a Título de Restablecimiento del Derecho, la prestación periódica de término indefinido, pensión mensual vitalicia por vejez al señor **JOSÉ GILBERTO SALAZAR BUITRAGO**, de las diferencias entre lo reconocido y dejado de reconocer y pagar por el no reconocimiento de todos y cada uno de los factores salariales devengados y percibidos por el demandante, conforme a lo consagrado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en consonancia con el artículo*

45 del Decreto 1045 de 1978 y la Sentencia Unificada 567 del 3 de septiembre de 2015.

CUARTA. – Que se ordene reconocer, reliquidar y pagar a expensas de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"** a favor del señor **JOSÉ GILBERTO SALAZAR BUITRAGO**, los intereses moratorios por la demora en realizar el reconocimiento, reliquidación y pago, conforme a derecho corresponde, que debió hacerse desde el momento del cumplimiento de los requisitos exigidos y hasta la fecha en que se haga el correspondiente pago dinerario conforme a la forma señalada en el inciso 6, del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo Ley 1437 de 2011 (**CPACA**)., diferencias efectivas a partir del primero (1º) de enero de dos mil ocho (2008).

QUINTA. – Que, sobre las diferencias adeudadas, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, le pague a mi poderdante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo ordena los artículos 192 y 195 del (CPACA).

SEXTA. – Que como se ordene a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 192 y 195 del (CPACA).

SÉPTIMA. – Igualmente solicito a su Señoría a través del Despacho, condenar en costas y gastos a la demandada, conforme lo dispone el artículo 365 y 266 del Código General del Proceso. [...]¹

RELACIÓN FÁCTICA SOPORTE DE LA ACCIÓN IMPETRADA

El apoderado de la parte demandante sustentó la demanda basándose en los siguientes hechos:

1. El señor José Gilberto Salazar Buitrago, nació el 20 de enero de 1951.
2. El demandante prestó sus servicios al Estado Colombiano única y exclusivamente al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, durante el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1973 y el 30 de diciembre de 2007, como Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 23.
3. Mediante la Resolución No. 29575 de 19 de junio de 2007, CAJANAL en Liquidación le reconoció al demandante una pensión de vejez en un monto de \$972.580, supeditada a la acreditación del retiro efectivo del servicio.
4. Por medio de la Resolución 629 de 29 de agosto de 2007, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi aceptó la renuncia del demandante al cargo que venía desempeñando en dicha entidad.
5. Por lo anterior, mediante la Resolución No. PAP-036196 de 26 de enero de 2011, CAJANAL en liquidación reliquida la pensión de vejez del demandante en un monto de 1'030.429, efectiva a partir del 1 de enero de 2008.

¹ Folios 18 y 19 del expediente.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas la parte demandante indicó que con la expedición de los actos administrativos demandados se violó el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 12, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 53, 58, 83, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 228 y 229 superiores, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, los artículos 11, 36, 141 y 289 de la Ley 100 de 1993, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el Decreto 1158 de 1994 por indebida aplicación y la Ley 1437 de 2011.

Considera que el acto administrativo mediante el cual le fue reliquidada su prestación no se ajusta a derecho comoquiera que no aplicó la normatividad pertinente (artículo 45 del Decreto 1045 de 1978), no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el demandante en su último año de servicios. De igual manera considera que con su expedición se desconoce la Sentencia SU-567 de 2015 y la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado especialmente la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, desconociendo asimismo el principio de favorabilidad e inescindibilidad que implican la aplicación íntegra del régimen pensional correspondiente, desconociendo otros principios laborales y el bloque de constitucionalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A folios 65 y ss, del expediente, la entidad demandada contestó la demanda, manifiesta oponerse a las pretensiones; indicando que el demandante si bien es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, comoquiera que adquirió su status pensional en vigencia de dicha ley, su mesada pensional debía ser liquidada conforme con lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de dicha norma, esto es con el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicios conforme con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, tal y como fue liquidada por la entidad, resaltando la imposibilidad de acceder a las pretensiones en consonancia con lo establecido en las providencias de la Corte Constitucional al respecto específicamente la sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado 52 Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 29 de mayo de 2018, negó las pretensiones de la demanda considerando que en aplicación del precedente de la Corte Constitucional en las sentencias C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017, el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de

1993, no es parte de dicho régimen, por lo que se debe promediar según la disposición contenida en el régimen general de pensiones y en lo referente a los factores salariales que deben tenerse en cuenta señala que los mismos corresponden a los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. Concluyendo que al haber sido liquidada la prestación del demandante en observancia de las reglas indicadas no era posible declarar su nulidad y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante por intermedio de apoderada especial presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia señalando que si bien en principio el precedente establecido en la sentencia SU-230 de 2015, es aplicable desde el momento en que se profiere, teniendo en cuenta que al encontrarse involucrados derechos adquiridos con justo título y conforme con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, señala que la Ley 71 de 1988 no le es aplicable al demandante teniendo en cuenta que trabajó exclusivamente para el Estado. Aduce que el derecho del demandante nació en el momento en que adquirió su estatus pensional esto es el 20 de enero de 2006 y de igual forma indica que las sentencias las demás sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto de las cuales se fundamentó el fallo de primera instancia no son aplicables al caso del accionante, unas porque se refieren a temas de la jurisdicción ordinaria laboral y respecto de la SU-395 de 2017 dado que la misma no había sido proferida en el momento en que adquirió su derecho pensional.

PROPOSICIÓN JURÍDICA A RESOLVER EN ESTA CONTENCIÓN E INSTANCIA

De conformidad con la demanda, contestación, sentencia impugnada y la sustentación de la apelación interpuesta, corresponde al Tribunal definir si la pensión del demandante debe liquidarse teniendo en cuenta todos los factores de salarios devengados durante el último año de servicio como lo pretende el recurrente o si por el contrario, como fue ordenada, vale decir, teniendo en cuenta sólo factores de salario respecto de los cuales se hicieron aportes para el sistema de seguridad social en pensiones.

CONSIDERACIONES

Surtida a cabalidad las etapas procesales correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la Litis.

Problema Jurídico

El problema jurídico se circunscribe en definir si es procedente o no declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y si en consecuencia se debe ordenar a la

Administradora Colombiana de Pensiones, reliquidar la pensión de jubilación del demandante de conformidad con la Ley 33 de 1985, incluyendo para dicho efecto todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Material Probatorio

La Sala examinará si tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el material probatorio recopilado a instancia de las partes y del Despacho sustanciador del cual se destaca el siguiente:

- El Señor José Gilberto Salazar Buitrago nació el 20 de enero de 1951, cumpliendo los 55 años de edad el 20 de enero de 2006 (folio 15).
- El demandante laboró en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi entre el 16 de julio de 1973 (folios 6 y 8) y el 30 de diciembre de 2007, siendo su último cargo el de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 23 (folio 13).
- A través de Resolución No 29575 de 12 de junio de 2007, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL, reconoció al demandante una pensión de jubilación con el 75% del promedio de salarios devengados durante los últimos 10 años, de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, para una cuantía de \$972.580,97, dejando en suspenso su ingreso en nómina hasta tanto no acreditara su retiro del servicio. (Folios 5 a 7 del expediente)
- Mediante la Resolución No. PAP 036196 de 28 de enero de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación, reliquidó la pensión de jubilación del demandante conforme lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando un 75% sobre el I.B.L conforme por el promedio de lo cotizado o aportado por el demandante entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de diciembre de 2007 y los factores indicados en el Decreto 1158 de 1994, en cuantía de \$1.030.429 con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2008. (Folios 8 a 11 del expediente)
- Certificado de Salarios y Pagos efectuados, al demandante en el cual se establece que entre el 1º de enero de 2007 y el 30 de diciembre de la misma anualidad, el demandante devengó la asignación básica mensual, la prima de antigüedad, auxilio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por recreación y vacaciones en dinero (último año de servicios). (Folio 14 del expediente)

Normatividad aplicable.

Por su parte la Ley 100 de 1993, en su Artículo 36 estableció un régimen de transición cuyo fin es el de respetar los derechos adquiridos de las personas que se encontraban próximos a pensionarse, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE." **(Negrilla fuera del texto)**

De la norma transcrita se puede establecer que el régimen de transición cobija a las personas que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres y 40 o más años si son hombres o 15 o más años de servicios, a quienes se les aplica el régimen anterior, es decir, el consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

La Sala venía adoptando la posición del Honorable Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad, concluyendo que la norma aplicable en el sub lite en virtud del régimen de transición es la Ley 33 de 1985. **Sin embargo, mantendrá tal directriz jurisprudencial, sólo respecto de los casos consolidados en cuanto al tiempo de servicio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir; al 1º de abril de 1994.**

En la Ley 62 de 1985, se previó de manera expresa que para el reconocimiento de la pensión jubilatoria debían computarse o tenerse en cuenta sólo los factores de salarios allí enlistados para calcular el monto de esa prestación social. Pero, que en todo caso, en el evento de haberse hecho aportes por otros factores adicionales, debían igualmente ser

computados ya que dichos aportes, constituyen un ahorro que del salario hace el servidor público o particular, según el caso.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", previó:

"(...) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones. (...)"

De otra parte, el Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, establece:

"Los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Es claro entonces, que en materia de factores de salario a considerar o computar para calcular y reconocer una prestación social pensional en Colombia, no resulta necesario acudir a los enlistados criterios auxiliares de la administración de justicia sino, aplicar en forma directa el texto constitucional, en los términos en que han sido reglamentados por la ley.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2.018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, definió:

"Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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".

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

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

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

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

²Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...]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

(...)

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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

(...)”

De acuerdo con lo anterior, la regla general es que quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, pero adquirieron el status pensional con posterioridad a su vigencia, los requisitos de edad, tiempo y monto serán

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 [...]”.

los que determine la Ley 33 de 1985, mientras que, el ingreso base de liquidación deberá definirse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esa lógica, se distinguen además dos subreglas, la primera, dirigida a aquellos beneficiarios del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Régimen General les faltare tiempo de servicio para consolidar su derecho, distinguiendo entre aquellos que les hiciera falta menos diez años, caso en el cual, el IBL corresponderá al promedio de lo devengado en la fracción de tiempo que restara y aquellos que les faltare más de diez años, debiéndose promediar los salarios sobre los cuales cotizó en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Respecto a los factores que hacen parte del Ingreso base de liquidación, definió el órgano de cierre de la jurisdicción, que solo debían incluirse aquellos sobre los cuales el servidor público beneficiario del régimen de transición hubiere realizado aportes al sistema, con fundamento en el principio de solidaridad contenido en los artículos 1o y 48 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Concluyendo entonces que, el concepto de salario entendido como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación por su servicio, difiere sustancialmente del concepto de factor salarial a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de las prestaciones pensionales reconocidas a los servidores públicos y que, aun cuando inicialmente su equivalencia se justificó en el principio de favorabilidad en pro de la condición más beneficiosa al trabajador, lo cierto es, que tal interpretación excede la voluntad del legislador y hace inviable el sistema pensional cuya base fundamental son los aportes de los afiliados como garantía del Estado para asegurar la universalidad del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Así las cosas las pensiones deben en lo sucesivo, ser reconocidas solamente teniendo en cuenta los factores respecto de los cuales cada persona hubiere realizado aportes para la seguridad social en pensiones, vale decir, se acoge en adelante, las disposiciones constitucionales y legales aludidas. Igualmente se define que el promedio de factores de salarios para tal fin, será el de los últimos diez (10) años o la fracción menor de tiempo que en cada caso le faltare a la persona, teniendo como referencia el día 1º de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993.

Caso concreto.

El demandante señora José Gilberto Salazar Buitrago laboró en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC, del **16 de julio de 1973 al 30 de diciembre de 2007**, vinculado a la Planta desempeñando como último cargo el de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 23.

Del examen de los medios de prueba aportados al expediente encuentra la Sala que el Señor José Gilberto Salazar Buitrago: i) nació el 20 de enero de 1951; ii) laboró en el IGAC del 16 de julio de 1973 al 30 de diciembre de 2007 y iii) cumplió los 20 años de servicio el 16 de julio de 1993, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994).

Conforme lo anterior, para la Sala es claro que el demandante para la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, ya tenía más de 20 años de servicio público en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC, por lo que conforme lo indicado en las normas señaladas anteriormente hay lugar a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los factores sobre los cuales hubiere realizado el respectivo aporte en el último año de servicios. Teniendo en cuenta que conforme con lo indicado en la Resolución PAP 036196 de 28 de enero de 2011, la prestación del demandante fue liquidada con el 75% del promedio de lo aportado en sus últimos 10 años de servicios y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Teniendo en cuenta lo anterior, se revocará la providencia apelada y se accederá a las pretensiones de la demanda ordenando a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación reconocida al Señor José Gilberto Salazar Buitrago con el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales **aportó en el último año de servicio** (1 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2007), siempre que sea más favorable a la que ya tiene reconocida.

Respecto a la fecha de declaratoria de prescripción de las mesadas pensionales diferenciales considera esta Sala, que el status jurídico de pensionado fue adquirido por el demandante el 20 de enero de 2006 y el reconocimiento pensional operó a través de la Resolución No. 29575 de 19 de junio de 2007 prestación que fue ingresada en nómina a partir del 1 de enero de 2008, sin embargo, únicamente hasta el **21 de julio de 2017**, cuando ya habían transcurrido más de tres años desde la efectividad de la prestación, acudió directamente a la jurisdicción pretendiendo la reliquidación pensional, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al **21 de julio de 2014** se encuentran prescritas.

Las sumas a pagar al señor José Gilberto Salazar Buitrago por concepto de pensión de vejez, serán actualizadas dando cumplimiento a lo ordenado en el Artículo 187 del C.P.A.C.A.; aplicando la fórmula utilizada por el Consejo de Estado, la que se expresa en los términos siguientes:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor

certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de ésta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

Considerando que la parte actora no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro del proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones precedentes

Segundo: Declarar la nulidad parcial de las **Resoluciones No. 29575 de 19 de junio de 2007**, por medio de la cual reconoció una pensión de jubilación al demandante y **No. PAP 036196 de 28 de enero de 2011**, a través de la cual se reliquida la pensión de jubilación del demandante, de conformidad con la parte motiva.

Tercero: Ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- U.G.P.P, reliquidar la pensión de jubilación reconocida al Señor José Gilberto Salazar Buitrago, identificado con cedula de ciudadanía número 19.132.204, con el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales aportó para pensión en el último año de servicio, esto es, entre el 1 de enero de 2007 al 30 de diciembre de 2007, sumas efectivas a partir del 21 de julio de 2014, toda vez que en el presente caso se configuró la prescripción trienal, como se indicó en la parte considerativa. La reliquidación ordenada en esta sentencia será efectiva únicamente en el caso en que le sea más favorable a la que ya tiene reconocida.

Cuarto: Ordénese a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- U.G.P.P, pagar a la parte demandante la diferencia de las mesadas pensionales que resulten entre la que ya fue reconocida y la que se ordena liquidar en virtud de esta providencia.

Quinto: La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- U.G.P.P, deberá tener en cuenta los mayores valores que resulten de esa liquidación, para que sean ajustados al valor actual, siguiendo para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Octavo: No hay lugar a condena en costas.

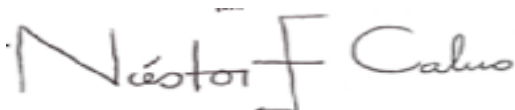
Noveno: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado como consta en actas.



**JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO**



Aclaro parcialmente voto

**NÉSTOR J. CALVO CHAVES
MAGISTRADO**



**CARMEN A. RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D.C., tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

Magistrado Ponente: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

EXPEDIENTE: **No. 2017-00448-00**
DEMANDANTE: Edilma Beltrán Zamudio
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
CONTROVERSIA: Reliquidación pensión

APELACIÓN DE SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Vente (20) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Edilma Beltrán Zamudio en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado judicial especial ha promovido ante esta corporación demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, solicitando se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. GNR 387553 del 22 de diciembre de 2016, a través de la cual se negó la reliquidación de la pensión y la indexación de la primera mesada pensional y No. DIR 9358 del 28 de junio de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación confirmando la Resolución No. GNR 387553 del 22 de diciembre de 2016.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se declare que la demandante tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, le reconozca y ordene la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía de \$999.638,99 efectiva a partir del 3 de septiembre de 2009, fecha en la cual adquirió el estatus pensional al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios, equivalente al 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, indexando la primera mesada pensional dando aplicación al índice de precios al consumidor teniendo

en cuenta que la demandante se retiro el 31 de julio de 2003, debiendo esperar hasta el 3 de septiembre de 2009, fecha en la que cumplió el segundo requisito para adquirir el estatus de pensionada.

Que se ordene a la entidad demandada liquidar y pagar a favor de la demandante la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido pagando en virtud de la Resolución No. GNR 387553 del 22 de diciembre de 2016 y la sentencia que de fin al proceso, a partir de la fecha de adquisición del estatus hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva la prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, prima semestral y bonificación por recreación, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las resoluciones demandadas.

RELACIÓN FÁCTICA SOPORTE DE LA ACCIÓN IMPETRADA

El apoderado de la parte demandante sustentó la demanda basándose en los siguientes hechos:

1. La demandante prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, ocupando como último cargo el de Técnico Administrativo Grado 14 en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora.
2. Que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 15 años de servicios, por lo que se le deben respetar todas las garantías y beneficios adquiridos.
3. Que la entidad demandada reconoció y pago una pensión vitalicia de jubilación conforme la Ley 100 de 1993 a través de la Resolución No. GNR 320834 del 26 de noviembre de 2013, en cuantía de \$908.906,00 efectiva a partir del 3 de septiembre de 2009.
4. Informa que solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la pensión de jubilación y la indexación de la primera mesada pensional, petición que le fue negada a través de los actos demandados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica que con los actos acusados se transgredieron los artículos 2, 6, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; el Artículo 10 del Código Civil; la Ley 57 de 1987; artículo 138 de la Ley 1437 de 2011; Ley 100 de 1993, artículo 36; Ley 33 y 62 de 1985; Decreto 3135 de 1968, Ley 5 de 1969 y ley 71 de 1988. Señala el apoderado de la parte demandante que a través de los actos acusados la entidad demandada no reliquidó la pensión con todos los factores que constituyen salario aplicando indebidamente las Leyes 33 y 62 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dentro del término procesal procedió a dar contestación a la presente demanda, indicando que al caso de la demandante se dio aplicación al régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993. Sostiene que la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las reglas expresamente señaladas en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de dicha norma, en lo que se refiere a la edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior, sin embargo, respecto al Ingreso Base de Liquidación debe tenerse en cuenta los 10 años o lo que le hiciere falta y los factores taxativos del Decreto 1158 de 1994, conforme la tesis adoptada por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, resaltando sus efectos vinculantes y prevalentes. Señala igualmente que no proceden los intereses solicitados en la demanda en aplicación de la sentencia SU-230 de 2015, según la cual dicho reconocimiento procede cuando existe mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales.

LA SENTENCIA RECURRIDA

A través de providencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Veinte (20) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda señalando que a partir de la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, se generó un cambio jurisprudencial respecto de la reliquidación de las pensiones, el cual fue acogido en su integridad. En razón de ello, el ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para efecto de tiempo, edad y monto, se remite a lo previsto en la Ley 33 de 1985.

Respecto de la pretensión de indexación de la primera mesada señala que conforme lo indicado en la Resolución GNR No 387553 del 22 de diciembre de 2016, la entidad dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 al haber realizado dicha indexación.

LA APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia indicado que la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, a pesar de haber sido notificada el 12 de septiembre de 2018, la misma no ha cobrado ejecutoria por lo que no es vinculante por lo que no es posible tenerla en cuenta como antecedente jurisprudencial. Sostiene que aplicar una sentencia proferida incluso después de presentada la demanda, es ir en contravía de lo que el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha determinado como precedente, por lo que se estaría ante un desconocimiento de los derechos laborales adquiridos. De otro lado, señala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende su pensión se causó en los términos de la Ley 33 de 1985 la cual determina que el monto de la pensión será equivalente al 75% del promedio devengado durante el último año de servicios.

Solicitó se debe revocar la providencia impugnada ordenando la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios en los términos de la Ley 33 y 62 de 1985, así mismo, se ordene que los descuentos a que haya lugar se calculen sobre los factores ordenados y devengados en el último año de servicios.

En el recurso de apelación sustentado por el apoderado de la parte demandante no se hizo pronunciamiento sobre la pretensión de indexación de la primera mesada pensional.

CONSIDERACIONES

Surtida a cabalidad las etapas procesales correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la Litis.

Problema Jurídico

El problema jurídico se circunscribe en definir si es procedente o no declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y si en consecuencia se debe ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, reliquidar la pensión de jubilación de la demandante de conformidad con la Ley 33 de 1985, incluyendo para dicho efecto todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Material Probatorio

La Sala examinará si tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el material probatorio recopilado a instancia de las partes y del Despacho sustanciador del cual se destaca el siguiente:

- La Señora Edilma Beltrán Zamudio nació el 3 de septiembre de 1954, cumpliendo los 55 años de edad el 3 de septiembre de 2009.
- Por Resolución No. GNR 320834 de 26 de noviembre de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones, reconoció pensión de vejez en cuantía de \$908.906 a la demandante efectiva a partir del 3 de septiembre de 2009, liquidando la prestación con el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años. (Folios 3 a 6 del expediente)
- Mediante Resolución No. GNR 387553 de 22 de diciembre de 2016, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, ordenó la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante efectiva a partir del 20 de diciembre de 2013 en cuantía de \$ 1.021.445 dando aplicación para efectos de calcular el ingreso base de liquidación lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación. (Folios 8 a 13 del expediente)
- Por medio de la Resolución No. DIR 9358 del 28 de junio de 2017, suscrita por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución No. GNR 387553 de 22 de diciembre de 2016 confirmándola en su integridad. (Folios 14 a 18 del expediente).

- Que la demandante laboró en Instituto Geográfico Agustín Codazzi desde el 18 de junio de 1979 al 30 de mayo de 1987 y en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria del 10 de septiembre de 1990 al 31 de marzo de 1994. (Folios 15 y 19 de expediente)

Normatividad aplicable.

Por su parte la Ley 100 de 1993, en su Artículo 36 estableció un régimen de transición cuyo fin es el de respetar los derechos adquiridos de las personas que se encontraban próximos a pensionarse, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE." **(Negrilla fuera del texto)**

De la norma transcrita se puede establecer que el régimen de transición cobija a las personas que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres y 40 o más años si son hombres o 15 o más años de servicios, a quienes se les aplica el régimen anterior, es decir, el consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

La Sala venía adoptando la posición del Honorable Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad, concluyendo que la norma aplicable en el sub lite en virtud del régimen de transición es la Ley 33 de 1985. Sin embargo, mantendrá tal directriz

jurisprudencial, sólo respecto de los casos consolidados en cuanto al tiempo de servicio, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir; al 1º de abril de 1994.

En la Ley 62 de 1985, se previó de manera expresa que para el reconocimiento de la pensión jubilatoria debían computarse o tenerse en cuenta sólo los factores de salarios allí enlistados para calcular el monto de esa prestación social. Pero, que en todo caso, en el evento de haberse hecho aportes por otros factores adicionales, debían igualmente ser computados ya que dichos aportes, constituyen un ahorro que del salario hace el servidor público o particular, según el caso.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", previó:

"(...) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones. (...)"

De otra parte, el Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, establece:

"Los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Es claro entonces, que en materia de factores de salario a considerar o computar para calcular y reconocer una prestación social pensional en Colombia, no resulta necesario acudir a los enlistados criterios auxiliares de la administración de justicia sino, aplicar en forma directa el texto constitucional, en los términos en que han sido reglamentados por la ley.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, definió:

"Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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".

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

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

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación

¹ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema."

(...)"

De acuerdo con lo anterior, la regla general es que quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, pero adquirieron el status pensional con posterioridad a su vigencia, los requisitos de edad, tiempo y monto serán los que determine la Ley 33 de 1985, mientras que, el ingreso base de liquidación deberá definirse conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esa lógica, se distinguen además dos subreglas, la primera, dirigida a aquellos beneficiarios del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Régimen General les faltare tiempo de servicio para consolidar su derecho, distinguiendo entre aquellos que les hiciera falta menos diez años, caso en el cual, el IBL corresponderá al promedio de lo devengado en la fracción de tiempo que restara y aquellos que les faltare más de diez años, debiéndose promediar los salarios sobre los cuales cotizó en los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Respecto a los factores que hacen parte del Ingreso base de liquidación, definió el órgano de cierre de la jurisdicción, que solo debían incluirse aquellos sobre los cuales el servidor público beneficiario del régimen de transición hubiere realizado aportes al sistema, con fundamento en el principio de solidaridad contenido en los artículos 1o y 48 de la Constitución y desarrollado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Concluyendo entonces que, el concepto de salario entendido como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación por su servicio, difiere sustancialmente del concepto

de factor salarial a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de las prestaciones pensionales reconocidas a los servidores públicos y que, aun cuando inicialmente su equivalencia se justificó en el principio de favorabilidad en pro de la condición más beneficiosa al trabajador, lo cierto es, que tal interpretación excede la voluntad del legislador y hace inviable el sistema pensional cuya base fundamental son los aportes de los afiliados como garantía del Estado para asegurar la universalidad del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Así las cosas las pensiones deben en lo sucesivo, ser reconocidas solamente teniendo en cuenta los factores respecto de los cuales cada persona hubiere realizado aportes para la seguridad social en pensiones, vale decir, se acoge en adelante, las disposiciones constitucionales y legales aludidas. Igualmente se define que el promedio de factores de salarios para tal fin, será el de los últimos diez (10) años o la fracción menor de tiempo que en cada caso le faltare a la persona, teniendo como referencia el día 1º de abril de 1.994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993.

Caso concreto.

Del examen de los medios de prueba aportados al expediente encuentra la Sala que la Señora Beatriz Guevara Riveros: i) nació el 3 de septiembre de 1954; ii) laboró en el **Instituto Geográfico Agustín Codazzi desde el 18 de junio de 1979 al 30 de mayo de 1987 y en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora del 10 de septiembre de 1990 al 30 de julio de 2003;** y iii) cumplió los 20 años en el año 2002, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En el proceso bajo estudio está establecido que la parte demandante se encuentra amparada en el régimen de transición, por lo que el problema jurídico se circunscribe en determinar cuál es la norma aplicable para la liquidación de su mesada pensional por haber laborado más de 20 años en el sector público.

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la demandante cumplió los 20 años de servicios públicos en el año 2002, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación que debe incluirse a efectos de liquidar su prestación pensional se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, es decir, **con el promedio de los salarios devengados "que sirvieron de base para los aportes" durante los últimos 10 años, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le haga falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior, cuando le falte**

menos de 10 años; tal y como lo definió La Sala Plena del Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, en la que unificó el criterio respecto a la base de liquidación de las pensiones de jubilación, acogiendo la posición según la cual, la misma estaría conformada por los factores de salario sobre los cuales el cotizante hubiere hecho aportes al sistema de Seguridad Social, de acuerdo a las reglas identificadas en párrafos precedentes.

Se concluye entonces que en lo que tiene que ver con el periodo a tener en cuenta para efectuar dicha liquidación, este no es otro, que el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, no siendo procedente entonces liquidar su pensión de jubilación en los términos solicitados en la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala concluye que la parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con el 75% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le haga falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior, cuando le falte menos de 10 años, de la forma en que fue ordenado por la entidad demanda en el acto de reconocimiento pensional.

Por lo expuesto y sin que se requieran más elucubraciones se **confirmará** la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Viente (20) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Considerando que la parte actora no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro del proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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


FALLA:

PRIMERO: Confirmar la providencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Viente (20) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia por medio de la cual se negaron

las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.
Discutido y aprobado como consta en actas.



**JOSE MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO**



Aclaro parcialmente voto
**NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
MAGISTRADO**



**CARMEN A. RENGIFO SANGUINO
MAGISTRADA**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., 27 de agosto de dos mil veinte 2020

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Radicado: No. 2017-0563-01
Demandante: Hugo Amadeo Herrera González
Demandado: La Nación Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Proceso de la referencia, primigenia fue repartido al Despacho de la magistrada Carmen Alicia Rengifo Sanguino, pero elaborado y discutido el respectivo proyecto de sentencia en Sala de Decisión, fue vencido por lo que pasó el expediente al magistrado que ahora funge como sustanciador.

Para el efecto,

SE CONSIDERA

Mediante escrito presentado por la apoderada de la parte demandante, visible a folio 185 solicita el desistimiento del recurso de apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el 28 de marzo de 2019, en el cual se negaron las pretensiones de la demanda y no hubo condena en costas (160-164,vuelto) formulada contra la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en **la sentencia de Unificación proferida el 25 de abril de 2019 expediente No 680012333000201500569-01**, situación que ya fue puesta en conocimiento del poderdante, con quien se comparte la decisión.

Frente al desistimiento de ciertos actos procesales, el **artículo 316 del Código General del Proceso**, establece lo siguiente:

“(…)

Artículo 316. El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace.

…

(…)”.

Examinado el expediente de la referencia, se observa que el escrito de desistimiento fue presentado por la apoderada de la parte demandante **Samara Alejandra Zambrano Villada**, quien cuenta con facultad expresa para **desistir**, conforme al poder otorgado visible a folios (1-3) del expediente, y como quiera que se cumple con las condiciones prevista en el artículo 316 del Código General del Proceso, así las cosas, bajo la

normatividad trascrita, resulta procedente aceptar el desistimiento del recurso y dejara en firme la providencia materia del mismo.

Por último, no hay lugar a condena en costas, toda vez que de conformidad con los artículos 178 y 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la misma es procedente en los siguientes casos: i) cuando opere el desistimiento tácito y, ii) al momento de proferir sentencia, circunstancias que no se presentan en el caso bajo estudio.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: Aceptar el desistimiento formulado por la apoderada de la parte demandante del recurso de apelación interpuesto por la misma parte, contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO: Dejar en firme la providencia materia del recurso.

TERCERO: No se condena en costas por las razones expuestas.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen A. Rengifo Sanguino
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **José María Armenta Fuentes**

Expediente Rad. No. 2018- 01616- 00

Demandante: MARÍA CAROLINA CLAVIJO

Demandado: Nación – Ministerio de educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Cundinamarca.

Auto interlocutorio que resuelve excepciones previas.

Revisado el expediente se ha advertido que el Departamento de Cundinamarca propuso como excepción previa la denominada falta de legitimación en causa por pasiva (fl. 59 y ss, del expediente).

De acuerdo con las disposiciones del Decreto Legislativo No. 806 de 2.020, cuando en el proceso se ha propuesto por la parte demandada excepciones previas que puedan ser resueltas con los documentos y demás pruebas arrimadas al expediente, es decir, que no haya necesidad de decretar y practicar otras pruebas para adoptar la decisión de esos medios exceptivos, el juez puede acudir al procedimiento escrito, atendiendo así a los principios de celeridad y economía procesal y a la prevalencia del derecho sustancial frente al adjetivo o formal.

Antecedentes

María Carolina Clavijo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 000405 de 12 de marzo de 2.013 por medio de la cual se reconoció y ordenó pagarle una pensión de invalidez y de la Resolución 1389 de

12 de julio de 2016 por medio de la cual se reconoció un ajuste de la mencionada prestación.

A título de restablecimiento del derecho pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez incluyendo la base de liquidación de que trata el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral e incluyendo todos los factores salariales devengados en su último año de servicios.

El Departamento de Cundinamarca, integrante de la parte demandada al contestar la demanda propuso la excepción previa de falta de legitimación en causa por pasiva, arguyendo que sólo actúa como un mandatario de la Nación – Ministerio de educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, prepara los proyectos de decisiones administrativas y los suscribe, acudiendo a los siguientes argumentos:

(...) es claro que la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca para el caso particular, actúa es en cumplimiento de una delegación legal y no a causa, no en nombre propio, no con sus recursos, siendo el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien efectúa el pago de las mesadas pensionales y es la FIDUPREVISORA la que aprueba o no los actos emanados por la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, siendo finalmente el actuar del Ente Territorial como INTERMEDIARIO entre el docente y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, configurándose así la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Departamento de Cundinamarca (...)

CONSIDERACIONES

El Decreto 1775 de 1990, "por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989", establece que le corresponde al Fondo el trámite del reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo.

El reconocimiento pensional de los docentes le corresponde al Fondo Nacional del Magisterio, distinto es que, en virtud del artículo 9º De la Ley 91 de 1989 la función se haya delegado al ente territorial tratándose de docentes oficiales.

En concreto, en procesos en los que se discute la reliquidación de la pensión de los docentes cuando se estudia la falta de legitimación por pasiva el honorable Consejo de Estado ha considerado que el llamado a responder es la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aun cuando el ente territorial que corresponda sea el que expida el acto administrativo demandado, en virtud del artículo 56 de la Ley 962 de 2005. Al respecto ha considerado lo siguiente:

"(...) si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente petionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."¹.

En efecto, revisado el texto del acto administrativo expresamente se tiene consignado que actúa el Departamento de Cundinamarca en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y en la parte resolutive de la decisión administrativa, numeral segundo (2) expresamente se declara y resuelve que lo reconocido se pagará con cargo a la cuenta del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduprevisora S.A.

Así las cosas, resulta claro que la excepción previa propuesta por el Departamento de Cundinamarca debe declararse probada, puesto que la legitimación en la causa por pasiva se predica en el caso concreto de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea necesaria la comparecencia del ente territorial.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012).

En mérito a lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar como probada la excepción previa de falta de legitimación en causa por pasiva propuesta por el Departamento de Cundinamarca, de conformidad con las motivaciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para el trámite que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado-en sesión realizada en la fecha



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **José María Armenta Fuentes**

Radicado: 2019-00073-01
Demandante: Carolina Melo Quijano
Demandado: Hospital Militar Central
Controversia: Reconocimiento de prestaciones sociales

Decide la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra auto que deniega prueba documental proferido por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo de Oralidad de Bogotá, el 07 de noviembre de 2019, en el proceso instaurado por Carolina Melo Quijano contra el Hospital Militar Central, establecimiento público de orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional.

Antecedentes

La señora CAROLINA MELO QUIJANO, a través de apoderado judicial especial ha promovido acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Hospital Militar Central, pretendiendo sea declarada la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. E- 00022-2018004548 de 25 de mayo de 2.018 por medio del cual la entidad demandada le denegó el reconocimiento, liquidación y pago de trabajo extra nocturno, recargos y compensatorios por haber laborado días domingo y festivos; la reliquidación de todas prestaciones sociales. Igualmente demanda la nulidad del acto administrativo confirmatorio de resolución de los recursos interpuestos.

Como restablecimiento del derecho pretende se condene a la entidad pública demandada a reconocer, liquidar y pagar la totalidad del tiempo suplementario extra laborado, domingos y festivos de acuerdo con las programaciones mensuales y se reliquide la totalidad de las prestaciones sociales económicas. Que los pagos se le realicen debidamente indexados.

Fundamentos de hecho de la demanda instaurada.

Que la demandante labora en el Hospital Militar desde el día 1º febrero de 1.981, bajo una relación de dependencia y subordinación. Que actualmente cumple funciones de Supervisor Misional en Sanidad Militar en las salas de cirugías.

Que ha devengado como asignación básica, a saber: en el año 2.013, \$1.693.186; en el año 2.014: \$ 1.803.069; en el año 2015: \$ 1.887.093; en el año 2.016: \$ 2.033.721 y en el año 2017: \$ 2.170.998.

Que labora por medio del sistema de turnos previamente programados por la entidad demandada.

Que en los comprobantes de pago aparecen los pagos realizados como asignación básica, trabajo extraordinario en jornadas nocturnas y en días compensatorios de descanso obligatorio.

Que la demandante presta sus servicios en forma ininterrumpida durante 12 horas todos los días del año.

Que cumple horarios desde las 6 pm hasta las 6 am. Que el trabajo nocturno se remunera con un 35% de valor adicional según el Decreto 1042 de 1.978.

Que en relación con dominicales y festivos la remuneración es doble más el descanso compensatorio por laborar el mes completo.

Que como empleada del Hospital ha devengado: asignación básica, salarios en tiempos extraordinarios, recargos por trabajo extra nocturno, en días de descanso obligatorio, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, de servicios, de navidad y cesantías, bonificación por servicios prestados.

Que solo a partir del mes de abril de 2.018 se le realizan aportes a la seguridad social incluyendo factores adicionales al sueldo básico.

Que por medio de escrito de fecha 17 de abril de 2.018 solicitó el reconocimiento de los derechos ahora pretendidos en instancia gubernativa y se le denegaron por medio de los actos demandados en nulidad.

Contestación de la demanda instaurada.

A folios 141 y ss, del expediente la entidad pública demandada hizo contestación de la demanda. Se opone a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo, que el régimen salarial y prestacional de la demandante como empleada pública del Hospital es el contenido en el Decreto 2701 de 1.988, que se le ha pagado la totalidad de las prestaciones previstas del Decreto señalado. Acredita con la contestación los comprobantes de pago, a su vez propuso la excepción previa de cosa juzgada y aporta copia de la sentencia respectiva, en la que se dijo que no se debía los conceptos laborales reclamados.

Providencia de primera instancia objeto de apelación.

En primera instancia el proceso le correspondió al Juzgado Veinticinco (25) Administrativo de Bogotá, quien dentro de la audiencia pública inicial de fecha 7 de noviembre de 2019, declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta pues al comparar las pretensiones y demás elementos no encontró demostrados los presupuestos de ese instituto previstos en el artículo 303 del C.G.P.

Dentro de la misma audiencia se ordenó el decreto de las pruebas, habiendo denegado ordenar el informe que bajo juramento pidió la parte demandante se decretara para determinar cómo se efectúa la liquidación de las prestaciones sociales.

Recurso de apelación contra del auto de pruebas interpuesto por la demandante.

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de decreto de las pruebas del proceso, en cuanto se le denegó la ordenación y práctica de un informe que bajo la gravedad del juramento que estimó necesario para determinar el procedimiento para realizar la liquidación de las prestaciones sociales.

Consideraciones del Tribunal.

Procedencia y oportunidad del recurso de apelación Al respecto, el numeral 7° del artículo 243 del CPACA establece lo siguiente:

"(...) ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(•-.) 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.(...)"

Ahora bien, como la prueba fue solicitada junto con la demanda, que es una oportunidad probatoria (art. 212 OPACA), y su decreto fue negado en la Audiencia Inicial, resulta clara la viabilidad de la apelación. Asimismo, se observa que la decisión cuestionada fue notificada en estrados y la impugnación fue propuesta inmediatamente después de proferida, de manera que fue oportuna según lo establecido en el artículo 244 numeral 1° del CPACA.

Revisado el expediente y en especial las pretensiones y las pruebas aportadas y solicitadas para acreditar los fundamentos de las pretensiones o derecho

reclamado y las normas legales pertinentes al caso bajo estudio, el Tribunal adoptará la decisión que legalmente corresponda.

Establece el artículo 168 del C.G.P, que el juez rechazará las pruebas, mediante providencia motivada, cuando sean ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

La prueba denegada sobre la cual versa el presente recurso, se encuentra establecida en el artículo 217 del CPACA: "*DECLARACIÓN DE REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.(...) Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El Juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*"

En la revisión de los interrogantes que pretende la parte demandante sea agotado por la entidad (fl. 20), se observan preguntas como: *Como se liquida y paga y con base en qué fundamento legal, el recargo por trabajo de jornada nocturna, jornada extraordinaria o en días de descanso obligatorio, qué rubros integran el ingreso base de liquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, (...)*. Entiende la Sala que tales cuestionamientos se refieren a puntos de pleno derecho y no corresponde de ninguna manera a situaciones fácticas que requieran prueba dentro del proceso.

Para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si estas cumplen los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra.

En el sub lite, se pretende el reconocimiento, liquidación y pago de unos emolumentos salariales – prestacionales, que de encontrarse probado el derecho pretendido se determinará cuáles factores y el quantum de los mismos, atendiendo los valores de la asignación básica y a partir de allí, realizar un simple ejercicio aritmético aplicando los factores y porcentajes que para cada prestación tiene previsto la ley.

Para el caso bajo estudio, resulta innecesaria la prueba solicitada, dado que a la parte le corresponde probar el hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica aplicable y no al contrario, pues se entiende al operador judicial como conecedor de la misma. De otro lado las pretensiones planteadas son asunto de pleno derecho.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

- 1.- Confirmar el auto de fecha 7 de noviembre de 2.019 por medio del cual se denegó una prueba a la parte demandante por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo de Bogotá, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.
- 2.- Notificada esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado, como consta en actas.



José María Armenta Fuentes
Magistrado



Aclara voto

Néstor Javier Calvo Chaves
Magistrado



Carmen Alicia Rengifo Sanguino
Magistrada

Dr.
N.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2.020).

MAG. PONENTE: JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

REF: EXP. **No. 2020-00176-00** Acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el Distrito Capital – Secretaría de Movilidad.

Actor: Gloria Nancy Clavijo.

El Despacho advierte que la demanda deberá ser inadmitida para que la actora subsane los yerros que serán anotados y cumpla con los requisitos establecidos para ejercer el medio de control en debida forma, teniendo las siguientes consideraciones:

A través del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Gloria Nancy Clavijo, pretende se declare la nulidad del Acto Administrativo **Oficio SDM-DTH-156808-2019 del 23 de julio de 2019**, por medio del cual la Subsecretaria de Gestión Corporativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría de Movilidad, resolvió negativamente las peticiones de la demandante dirigidas a obtener el reintegro al cargo que venía desempeñando en la entidad así como el pago y reconocimiento de los daños y perjuicios causados como consecuencia del accidente de trabajo.

A título de restablecimiento del derecho pretende se le reintegre al cargo que venía desempeñando en la entidad, así como el pago y reconocimiento de los daños y perjuicios que le fueron generados.

De otro lado, observa el Despacho que la relación laboral de la demandante con la entidad demandada finalizó a través del **Oficio SMD-SGC-81419 – 2016 del 20 de junio de 2016**, por medio del cual la entidad le solicitó la entrega del cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente demanda deberá ser inadmitida para que la parte demandante aclare cuál es el acto cuya declaratoria de nulidad

pretende, así como la constancia de notificación, comunicación o publicación de los mismos.

La parte actora deberá allegar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente proveído, la subsanación de la demanda con lo requerido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'J' followed by 'M', 'A', and 'F' with a long horizontal flourish extending to the right.

**JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES
MAGISTRADO**