



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)  
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2016-00741-00  
**Demandante:** PAUL DANILO ESCOBAR PÉREZ  
**Demandado:** NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –  
POLICÍA NACIONAL  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia  
de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Paul Danilo Escobar Pérez en contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Paul Danilo Escobar Pérez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, por la cual el Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional decidió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al actor.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional:

Reintegrar al demandante en la Policía Nacional al cargo que venía desempeñando, reconociendo los ascensos que se hayan consolidado posteriormente y a los cuales tenga derecho el demandante.

Reconocer y pagar a favor del demandante los salarios, primas de todo orden, bonificaciones, prestaciones legales, reglamentarias, estatutarias y/o extralegales que tenía derecho al momento del retiro, asimismo se efectúe los reajustes salariales pertinentes, subsidios y vacaciones y demás emolumentos y derechos prestacionales laborales dejados de percibir desde el momento en que se ejecutó el retiro hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro al grado que le corresponda.

Declarar para todos los efectos legales, prestaciones sociales, ascensos, antigüedad en el grado y tiempo de servicio que no hubo solución de continuidad en el servicio prestado desde la fecha en que fue retirado del servicio activo hasta que sea efectivamente reintegrado a la institución.

Cumplir la sentencia en los términos dispuestos en los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 del 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 31 a 33):

El actor mediante vinculación regular se incorporó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, siendo ascendido de manera paulatina hasta obtener el grado de patrullero.

El actor prestó sus servicios a la entidad demandada con competencia, honradez, lealtad, disciplina y responsabilidad, de conformidad a lo consagrado en la hoja de vida, sin que obre en la misma investigación o sanción alguna de carácter penal o disciplinario.

En la hoja de vida le figuran felicitaciones, menciones a su consagración, anotaciones satisfactorias por su labor, la cual era exaltada por sus superiores y comunidad.

La conducta del actor en todo momento fue irreprochable, pues prestó un óptimo servicio a la comunidad cumplió a cabalidad con las tareas y misiones encomendadas, lo que conllevó a que con el paso del tiempo se convirtiera en uno de los mejores uniformados.

La entidad demandada por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional decidió mediante resolución retirarlo del servicio.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 21, 23, 25, 28, 29, 31, 34, 53, 83, 85, 90, 216, 218, 220, 228 y 230 de la Constitución Política, artículos 2 y 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, artículos 4º y siguientes de la Ley 857 de 2003 y artículos 55 y siguientes del Decreto Ley 1791 de 2002.

Señaló que en efecto la Dirección General de la Policía Nacional está revestida para retirar del servicio a los uniformados que prestan sus servicios en la entidad bajo la modalidad de a facultad discrecional y por razones del mejoramiento del servicio.

Argumenta su inconformidad en los siguientes cargos:

1. Desviación de poder: señaló que el actor fue víctima de una persecución por parte del capitán Jaime Castillo Martín –comandante del CAI Patio Bonito de la Estación de Kennedy, al no prestarse para cometer actos delictivos en esa unidad, quien se encuentra capturado por los delitos de concierto para delinquir, cohecho, concusión y secuestro.

Señaló que la entidad al tomar la decisión de retiro del actor no tuvo en cuenta la hoja de servicios, en la que se relacionan gran número de felicitaciones, exaltaciones y referencias a su coraje para enfrentar a los delincuentes, dejando de esta manera en lo más alto el nombre der la Institución.

Adujo que la discrecionalidad de la entidad no puede llegar al límite de lo irracional o de lo omnipotente, teniendo en cuenta que con el retiro del servicio del actor no solo se vulneran sus intereses sino los del Estado, en consideración a que era un excelente

uniformado, entrenado de manera adecuada y que se encuentra en la capacidad de cumplir con sus funciones, razón por la cual, la decisión de la entidad no conlleva al mejoramiento del servicio.

De otro lado, manifestó que la Junta Evaluadora debe analizar de manera concreta las circunstancias y hechos que motivan la decisión de retiro, precisando además las conductas irregulares que la justifiquen.

Señaló que la finalidad de la entidad accionada con la expedición del acto atacado no obedece a razones de interés público ni de progreso de la administración, sino a fines distintos de la facultad discrecional que consagró la constitución y la ley.

Finalmente, como sustento de los anteriores argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 73 a 81).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Adujo que el Director de la Policía Nacional está revestido de la facultad discrecional de retirar del servicio activo a los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, la cual se encuentra delegada en el Comandante de la Policía Nacional, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación en pro del mejoramiento del servicio.

Señaló que en el asunto de la referencia se retiró del servicio activo al patrullero Paul Danilo Escobar Pérez previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., por razones del mejoramiento del servicio.

Afirmó que los miembros de la Junta de Evaluación y Clasificación realizaron un estudio juicioso de las actuaciones del uniformado, evidenciando que con las mismas afectó de manera definitiva la confianza que la Institución y la comunidad depositaron en él, puesto que incumplió sus deberes, obligaciones constitucionales y legales, además de faltar al juramento de salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos y de la comunidad que prometió proteger.

Argumentó que el actor se apartó por completo de los preceptos que soportan el actuar de los servidores públicos, quien en todo momento debió tener presente las finalidades constitucionales de promover un orden justo, proteger los derechos fundamentales de las personas y el servicio a la comunidad.

Resaltó que el policial es la figura a exaltar en el ejercicio de la función pública, tendiente a conservar el orden público, que incluye las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de las garantías inherentes al sujeto de derecho.

Aseveró que las actuaciones del actor atentan los principios éticos y morales fijados por la Institución y que se encuentran consagrados en el Código de Ética Policial.

Finalmente, arguyó que no hay lugar a que finalice la investigación disciplinaria para que la entidad tome la decisión de retirar del servicio al uniformado, puesto que es viable ejercer la facultad discrecional, siempre y cuando la decisión sea razonable y proporcional a los hechos del asunto particular.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *“Acto administrativo ajustado a la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia”*, al señalar que el acto administrativo atacado se expidió atendiendo los presupuestos de existencia, validez y eficacia procesal y (ii) *“Excepción genérica”*, en el sentido de que se declare la prosperidad de excepción alguna que se encuentre probada en el asunto de la referencia.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 27 de noviembre de 2017 (Fls. 253 y 254), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión, sin que se hubieran pronunciado al respecto.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 15 de septiembre de 2017 (Fls. 98 a 104), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer: ¿si con la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, mediante la cual se retiró del servicio activo al señor Paul Danilo Escobar Pérez, se incurrió en las causales de nulidad alegadas como infracción en las normas en que debió fundarse, desviación de poder, falsa motivación y expedición irregular que desvirtúen su legalidad?

### 2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Impresión de noticia publicada en Caracol Radio que obedece a la captura efectuada a cinco uniformados de la Policía Metropolitana de Bogotá (Fls. 16-17).

2.2. Copia auténtica y simple de la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, mediante la cual la Policía Metropolitana de Bogotá retiró del servicio activo al actor, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 5 a 11, 18 a 24 y 15).

2.3. Copia simple de hoja de vida del actor expedida el 16 de junio de 2016 (Fl. 14).

2.4. Copia simple de extracto de hoja de vida del señor Paul Danilo Escobar Pérez expedida el 6 de octubre de 2016 (Fls. 12 -13).

2.5. Oficio No. S-2016-298793 del 25 de octubre de 2016, mediante el cual se da respuesta a un derecho de petición (Fl. 4).

2.6. Copia simple Oficio No. S-2016 -211110 del 10 de noviembre de 2016, mediante el cual se da traslado de una petición al Director General de la Policía Metropolitana de Bogotá (Fl. 27).

2.7. Oficio No. S-2016-1053 del 10 de noviembre de 2016, mediante el cual remite información al Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá, con medio magnético (Fl. 29 -29A).

2.8. Oficio del 14 de noviembre de 2016, mediante el cual se remite al Jefe de Asuntos Jurídicos los antecedentes administrativos del actor (Fl. 28).

2.9. Oficio No. S-2016-216459 del 18 de noviembre de 2016, a través del cual se atienden unas solicitudes al Jefe de Asuntos Jurídicos referentes a una petición presentada por el actor, con medio magnético (Fls. 26-26A)

2.10. Oficio No. S-2016-218093 del 21 de noviembre de 2016, a través del cual el Jefe de Asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá da respuesta a una petición presentada por el señor Escobar (Fl. 25).

2.11. Constancia y Acta de conciliación adelantada ante la Procuraduría 82 Judicial I Para asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fls. 2-3).

2.12. Copia simple de la hoja de vida del actor (Fls. 106 a 194).

2.13. Copia simple del Acta No. 209 con fecha de aprobación del 20 de junio de 2014, mediante la cual la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes recomendó el retiro del servicio activo del actor (Fls. 196 a 202).

2.14. Copia simple de los antecedentes administrativos del actor (Fls. 203 a 248).

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

### - DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que reguló el retiro del servicio del actor a la fecha de expedición del acto administrativo contenido en la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1791 de 2000 *"Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional."*, que en su artículo 1º dispuso:

*"(...) Por medio del presente Decreto se regula la carrera profesional de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional."*

A su vez, el mentado Decreto en su artículo 55 señaló las causales de retiro de la siguiente manera:

**"ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO.** El retiro se produce por las siguientes causales:

1. Por solicitud propia.
2. Por llamamiento a calificar servicios.
3. <CONDICIONALMENTE exequible> Por disminución de la capacidad sicofísica.
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
5. Por destitución.
6. **Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.**
7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.
8. Por incapacidad académica.
9. Por desaparecimiento.
10. Por muerte."<sup>1</sup> (Negrillas fuera de texto).

Ahora, respecto al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional el artículo 62 ibídem, discurrió:

<sup>1</sup>. Los apartes tachados fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-253-03 de 25 de marzo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, al considerar que "El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000". Es decir, que no estaba facultado para regular aspectos relacionados con oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.

**“ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.** *Por razones del servicio y en forma discrecional, ~~el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales~~ o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, ~~los suboficiales,~~ y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación ~~de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales~~ o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva ~~para los demás uniformados.~~”<sup>2</sup>*

El artículo 69 del mismo Decreto, dispuso:

**“ARTÍCULO 69. FORMA DE DISPONER LA SEPARACIÓN.** *La separación absoluta o temporal de que tratan los artículos anteriores, será dispuesta así:*

- 1. Por decreto del Gobierno Nacional, cuando se trate de Generales.*
- 2. Por resolución del Ministro de Defensa Nacional, cuando se trate de oficiales en los demás grados.*
- 3. Por resolución del Director General de la Policía Nacional, cuando se trate de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes.”*

De lo anterior se colige, que el retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional entre otras causales se produce por voluntad del Ministro de Defensa o de la Dirección General de la Policía Nacional a través de resolución, quien por razones del buen servicio y en forma discrecional puede establecer la desvinculación del servicio activo del miembro de la entidad en cualquier momento, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003 *“Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones.”*, que en su artículo 4º consagró:

**“ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.** *Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.*

<sup>2</sup>. Los apartes tachados igualmente fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante la sentencia citada en precedencia.

*El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.*

**PARÁGRAFO 1o.** *La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.” (Negritas fuera de texto).*

Con el precedente normativo, se otorgó la facultad discrecional de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional a los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación.

**- De la facultad discrecional.**

Respecto al retiro por facultad discrecional, el Consejo de Estado –Sala Plena de lo Contencioso Administrativo –Sala Quince Especial de Decisión, con ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso, en sentencia del 3 de noviembre del 2015, expediente No. 11001-03-15-000-2005-00872-00(S), demandante: Rafael Eduardo Bernal Cáceres, al resolver un recurso de extraordinario de súplica, discurrió:

*(...)*

*Aunque los argumentos del actor están enfocados hacia una posible violación indirecta de la norma, es preciso resaltar que la Sala Plena de esta Corporación al resolver recursos extraordinarios de súplica con identidad de supuestos fácticos y jurídicos al que nos ocupa, indicó:*

*“Para la Sala no se presenta la violación alegada, dado que la facultad de la autoridad nominadora para disponer el retiro en forma discrecional, era posible con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación.*

*Nada impedía que la recomendación obrara en un acta y la norma invocada no señalaba ningún procedimiento especial. En efecto, no exigía consignar las razones que inducían al retiro en los términos señalados por el recurrente, como tampoco se exigía que tal recomendación debía notificarse personalmente al inculpado.*

*En esas condiciones, al juez no podía exigir procedimientos y formalidades especiales que no estaban contemplados en la norma sustantiva invocada. Se agrega que, de conformidad con el artículo 194 del C.C.A., el desconocimiento del criterio jurisprudencial expuesto por el recurrente no es causal de recurso extraordinario de súplica.*

*En conclusión, el recurso extraordinario de súplica aquí interpuesto, no tiene vocación de prosperidad y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia<sup>3</sup>.*

***Igualmente, ha señalado la Corte Constitucional, la discrecionalidad para la remoción de suboficiales por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad sino que es un instrumento normal y necesario para el buen funcionamiento de una institución como la Policía Nacional. El Comité de Evaluación de Suboficiales cumple sus funciones, no de forma caprichosa sino discrecional, pues se fundamenta en los elementos y causales previamente regladas por la ley, cuyo ejercicio implica una aplicación ceñida a las normas que fijan los procedimientos adecuados.***

***De acuerdo con lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar, pues al comparar las consideraciones del fallo impugnado con el contenido de la norma sustancial invocada, se concluye sin dificultad alguna que la autoridad nominadora estaba facultada para disponer del retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, de forma discrecional y previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, la cual según la sentencia recurrida, obra en el expediente a folio 6. (...)*** (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite a los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación, retirar del servicio activo de la entidad al personal que tienen a su cargo.

Tal potestad jurídica se debe basar en las circunstancias particulares del caso, las cuales deben ser suficientes para establecer que el funcionario no es apto para continuar en ejercicio de la función pública, pues su finalidad es el mejoramiento del servicio, en pro de la misión constitucional y legal que implica el servicio público de la autoridad administrativa.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad no se puede ejecutar de manera ilimitada, toda vez, que de conformidad al artículo 44 del CPACA *“debe ser*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de junio de 2004, Exp. 11001-03-15-000-2000-7756-01 ( S-756), M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

*adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.*

Respecto de la finalidad y límites de la discrecionalidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección E de Descongestión, con ponencia del Magistrado Jorge Hernán Sánchez Felizzola, expediente No. 11001-33-31-024-2008-00266-01, Demandante: Deiby Yesit Palacio, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en sentencia del 24 de noviembre de 2011, adujo:

*(...)*

*La facultad discrecional de retiro que aquí se cuestiona debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios; todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.*

*(...)*

*Por lo expuesto anteriormente, para la Sala, es claro, entonces **que la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.***

*De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como es caso de la Fuerza pública, el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.*

*(...)”.*

Del precedente jurisprudencial, se extrae que la decisión de retiro por voluntad de la administración se debe fundar en razones objetivas, proporcionales y razonables, que tienen como finalidad el mejoramiento del servicio.

Ahora bien, con anterioridad la Corte Constitucional en sentencia C- 525 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al resolver la exequibilidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de

1995 precisó los alcances de los conceptos "discrecionalidad" y "razones del servicio", así:

*"Sobre la discrecionalidad:*

*"Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre la cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia, en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado que ella "hace relación a un juicio, raciocinio o idea que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia del ser humano".*

*Sobre las razones del servicio, dijo:*

*"En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguardar el orden se presentan. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en el caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto".*

De conformidad con la providencia en cita, la facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran **sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.**

Recientemente, la Corte Constitucional estudió nuevamente la discrecionalidad del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública en la sentencia de unificación SU 288 del 14 de mayo de 2015, en la que adujo:

*"(...)*

*Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros.*

*(...)*

**Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.**

A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional, concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:

8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

8.2. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

8.3. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

8.4. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional(...). No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

8.5. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

8.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

8.7. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan

*esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal específica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.*

*A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional. (...).*

Así las cosas, desde el punto constitucional el acto de retiro del servicio debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Lo anterior, se ve reflejado en la proporcionalidad y razonabilidad como principios rectores del ejercicio de la facultad discrecional y en el estudio particular del caso que permita evidenciar las razones del servicio que conllevan a que las juntas de evaluación y clasificación recomienden el retiro del servidor.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional ya reseñadas, el Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente No. 050012331000199800554 01, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

*(...)*

*En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.*

*Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.*

*Conceptos que, debe decirse, tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.*

*(...).*

Bajo las anteriores consideraciones, de conformidad a la norma aplicable al asunto de la referencia y a la línea jurisprudencial que precede, el retiro del servicio activo del personal de la Policía Nacional por voluntad de los Directores de la Dirección General, **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación, es un acto discrecional que a la luz de la Constitución Política debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en beneficio de los fines constitucionales de la Fuerza Pública.

Además, previo a tomar la decisión de retiro del servicio activo del personal de la entidad debe existir concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, a quien de manera clara le corresponde hacer un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

### 3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Paul Danilo Escobar Pérez, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, mediante la cual el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá retiró del servicio activo de la Policía Nacional por voluntad de la Dirección General al actor.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que los actos atacados son ilegales, porque se expidieron con: (i) falsa motivación, al señalar que la entidad demandada no tuvo en cuenta la hoja de vida del actor en la que da cuenta de las felicitaciones y exaltaciones por su buen desempeño en la Institución, circunstancia por la cual el retiro no se hizo en aras del mejoramiento del servicio y (ii) desviación del poder, al afirmar que el señor Escobar fue víctima de una persecución por parte de su superior, al negarse a acompañarlo en actividades delictivas que desarrollaba en el CAI como comandante.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor Paul Danilo Escobar Pérez bajo los preceptos normativos contenidos en los artículos 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 y artículo 4º de la Ley 857 de 2003, los cuales tal como se indicó en la parte

normativa, permiten que los Directores de la Dirección General, Comandantes de la Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación ejerzan tal facultad previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación por razones del servicio y de manera discrecional.

Así las cosas, se encuentra probado con las documentales obrantes en el expediente que la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal de Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, a través del Acta No. 0209 GUTAH-SUBCO-2.25 aprobada el 20 de junio de 2014, recomendó el retiro del servicio del actor (Fls. 196 a 202) y que mediante la Resolución No. 107 de 7 de junio de 2016, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá dispuso el retiro del mismo con fundamento en la anterior recomendación (Fls. 5 a 11).

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto concurre alguno de los cargos alegados por la parte actora.

- **Falsa Motivación definida como “aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto.”<sup>4</sup>**

El Decreto Ley 1791 de 2000, modificado por la Ley 857 de 2003, mediante el cual se reguló el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, el cual establece en el parágrafo 1º del artículo 4º que el retiro por voluntad del Director General de la Policía Nacional se podía disponer por los **Comandantes de Policía Metropolitana**, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación en el caso de retiro del personal Nivel Ejecutivo y Agentes, según lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto Ley 1791 de 2000.

Sobre el particular, se avizora que mediante la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá resolvió retirar del servicio activo por voluntad de la Dirección General de esa entidad al patrullero Paul Danilo Escobar Pérez, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, según el cual, el retiro se puede ejercer *“Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación*

<sup>4</sup> Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

*del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrá disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva”.*

Es menester indicar que el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional estuvo precedido de la recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación de esa Institución, quien realizó un análisis de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

En ese sentido, se evidencia que en el Acta de la Junta y en la Resolución objeto de control judicial en el asunto de la referencia, se tuvieron en cuenta los hechos que dieron lugar a la recomendación de retiro del servicio activo del patrullero Paul Danilo Escobar Pérez, basados en las llegadas tarde, en la falta de operatividad de su parte en el cuadrante al cual prestó sus servicios, entre otras fallas a su desempeño como servidor público, las cuales se registraron por el Comandante del CAI de Patio Bonito junto con anotaciones positivas desde que ingresó a la Institución, esto es, desde el 8 de junio de 2012.

Igualmente, se encuentra demostrado que la entidad además de señalar los hechos por los cuales se toma tal decisión tuvo en cuenta las felicitaciones obtenidas en su trayectoria institucional, tal como se evidencia a folio 10 vuelto del expediente, razón por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se encuentra incólume.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho establece que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, no incurrió en error de derecho alguno, puesto que el ejercicio de la facultad discrecional de la entidad se basó en los principios de proporcionalidad y razonabilidad que conllevaron a tomar la decisión de retiro del servicio.

Atendiendo las consideraciones que preceden, se precisa que la entidad demandada tomó la decisión de retiro del actor con fundamento en hechos reales y con base en la correcta aplicación de normas establecidas por el legislador, motivo por el cual, no hay lugar a dar prosperidad al cargo de falsa motivación que invalide los actos administrativos atacados.

- **Desviación de poder entendida como “la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”<sup>5</sup> y error de derecho por interpretación errónea.**

Respecto a la desviación de poder, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada: Bertha Lucia Ramírez de Páez, dentro del proceso No. 2002-12596-01(1752-09), anotó:

*(...)*

***Desviación de Poder***

*La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.*

***Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.***

*Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:*

***“El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.***

***De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.***

***Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.”.***

*En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.”*

<sup>5</sup> Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado del demandante debe ser probada de manera *“irrefutable y fidedigna”*, evidenciándose de manera clara que la actuación de la administración contraría los fines perseguidos por la ley.

En el caso bajo estudio es claro que la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, en el Acta No. 209 GUTAH-SUBCO-2.25 aprobada el 20 de junio de 2014, recomienda el retiro del patrullero Paul Danilo Escobar Pérez, en aras del mejoramiento del servicio, por cuanto el comportamiento del uniformado *“va en contravía de todos los principios éticos y morales fijados por la institución y que se encuentran resumidos en el Código de Ética Policial, al señalarse que debe llevar una vida irreprochable como ejemplo para todos, practicando la moderación en todo siendo un ejemplo en el cumplimiento de la leyes y reglamentos de la institución, máxime cuando se trata de una conducta que atenta contra el buen nombre, imagen y legitimidad una Institución, de la actividad estatal y contra el interés de todo estado, los cuales estamos llamados a proteger y a contribuir con las autoridades judiciales para que sancionen este tipo de conductas, observando de esta manera una conducta totalmente contraria por parte del citado uniformado.”*

Además indicó que las *“Actitudes presentadas por el señor **PATRULLERO. PAUL DANILO ESCOBAR PEREZ 1.022.368.781**, pese a que continuamente recibió capacitación, actualización, orientación a través del curso de formación y la concertación de la gestión policial evidencian que el funcionario afecta notablemente el servicio para el cual fueron nombrado (sic), así como el orden y la disciplina policiales, que deben imperar al interior de la fuerza pública, especialmente en la Policía Nacional, cuerpo armado que por su cercanía permanente con la sociedad requiere de personas integra, cumplidoras de su deber funcional que ha sido encomendado decididamente. El hecho de no atacar la formación integral, respecto de las funciones de Policía, implica sencillamente la falta de compromiso que debe caracterizar a los servidores públicos en todo momento, tanto en el servicio como fuera de él, en especial si se trata de un policía, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 8 de la Ley 62 de 1993, esto es aunado a las calidades con las que debe contar todo funcionario de policía que han sido resaltadas por la propia Corte*

*Constitucional<sup>6</sup>, Por lo que no se acepta la permanencia en la Institución de un funcionario que tienen (sic) la imposibilidad de adaptarse a la exigencia operacional de una entidad jerarquizada y con línea de mando, se constituye en un riesgo al ponerlo al frente del control de la sociedad, toda vez que si no cumple las normas ni las instrucciones de sus superiores, mucho menos atenderá las demandas y exigencias recibidas por parte de la comunidad para cumplir su misionalidad.*

*Todas las exigencias aquí plasmadas se relacionan con el deber de todo funcionario de policía de actuar y conducirse dentro y fuera del servicio en armonía con la confianza que la comunidad y la Institución le tenían depositadas como miembro de la Policía Nacional, contribuyendo desde su cargo y responsabilidades a cumplir la función primordial Institucional que consiste en proteger la vida, honra y bienes de las personas, evitando en todo caso la afectación de la buena marcha de la Institución de modo que no se causara perjuicio del servicio público y por ende del interés general.”*

De tal manera, no encuentra este recinto judicial que la entidad demandada haya obrado en contra del mejoramiento del servicio público conforme lo señala la ley, pues lo que se infiere es que en aras de prestar un mejor servicio y por las calidades que deben tener los funcionarios de la fuerza pública, la administración tomó la determinación correspondiente conforme a sus políticas, razón por la cual, se logró desvirtuar la desviación de poder alegada.

Entonces, se reitera que el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá podía ejercer, previo concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, la facultad de retirar del servicio al demandante mediante la causal de razones del servicio y en forma discrecional por voluntad de la Dirección General, tal como lo efectuó sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda, al expedir la Resolución acusada.

Bajo las anteriores consideraciones, queda claro que la decisión de retirar del servicio activo a personal del nivel ejecutivo es una facultad discrecional que desde el punto constitucional debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995, *ibidem*

miembro de la entidad, en consideración a que tal facultad se ejecuta en pro del buen servicio, como acaeció en el presente asunto.

Ahora, respecto al argumento de que la entidad demandada no tuvo en cuenta al momento de tomar la decisión de retiro del servicio, las felicitaciones y su excelente hoja de vida, sostiene la Jurisprudencia del Consejo de Estado que la labor excelente y la adecuada prestación del servicio es una obligación del servidor, puesto que el objetivo de la vinculación debe estar orientado al cumplimiento de los fines y principios de la función pública, teniendo derecho a un pago como retribución por el servicio personal prestado.

En tal sentido, la mentada Corporación<sup>7</sup> indicó:

*(...)*

*Esta jurisdicción ha reiterado que el buen desempeño de un empleado es una obligación legal y constitucional, las felicitaciones, la buena conducta y la ausencia de sanciones disciplinarias no atan per se a la administración y no generan un factor de inamovilidad o garantía de estabilidad ya que pueden existir razones del servicio que aconsejen la remoción del servidor si la institución ha perdido la confianza en su desempeño policial.*

*(...)"*

Así las cosas, si bien es cierto que el patrullero Paul Danilo Escobar Pérez obtuvo felicitaciones desde que se vinculó con la Policía Nacional tal como obra a folio 12 vuelto del expediente, también lo es que su deber como servidor es hacerse acreedor de las mismas en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y dando alcance a la misión de la Institución, que no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, la del Estado y todo lo que ello implica.

Además se evidencia que la entidad demandada al estudiar el retiro del actor tuvo en cuenta las felicitaciones registradas en la hoja de vida y su buen desempeño, sin embargo, se precisa que las mismas por si solas no le otorgan fuero de estabilidad o inamovilidad.

Igualmente, esta instancia evidencia que en el acta que recomendó el retiro del actor y en la Resolución que lo retiró del servicio activo, la entidad demanda realizó un estudio juicioso de la trayectoria que tuvo desde la fecha en que ingresó, situación

---

<sup>7</sup> Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 22 febrero de 2007, Exp. N° 25000-23-25-000-2001-05808-01(6408-05).

que permite deducir que en efecto se verificaron las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la decisión de desvincularlo, basados en la hoja de vida, evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente al policial.

Lo anterior, en consideración a que en la Resolución No. 107 del 7 de junio de 2016, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá hizo una relación de la trayectoria del señor Escobar, precisando los motivos que tuvo en cuenta la Junta de Evaluación y Clasificación para recomendar el retiro, en los que indicó entre otros que no presenta ningún tipo de operatividad en el cuadrante, no trabaja en equipo, no realizó la prueba física, no asiste con puntualidad a los turnos asignados, etc, los cuales se encuentran reseñados en los formularios de seguimiento obrantes a folios 113 a 119, 127 a 131, 142 a 158 y 175 a 187 del plenario.

Las actuaciones referidas, permiten establecer que el señor Escobar encontrándose en servicio activo actuó de manera contraria a los fines constitucionales exigidos para el desempeño de su función, tal como se reseñó en la tan renombrada acta demandada, lo cual permite inferir que el desempeño del demandante no se hace imprescindible para la Institución, por lo que su desvinculación del servicio activo no desatendió las disposiciones invocadas en la demanda.

A juicio del Juzgado, las pruebas aportadas al proceso no demuestran cosa diferente que la legalidad de la decisión discrecional de la voluntad de la Dirección General, pues no aportó documentales tendientes a demostrar lo contrario y en esas condiciones no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petitum, pues como quedó visto el criterio jurisprudencial es claro en indicar que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y su ejercicio va encaminado en razones del buen servicio.

En estas condiciones es claro que la desviación de poder debe tener un respaldo probatorio definido que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

De otro lado, el apoderado de la parte actora afirma que existió una persecución a su defendido por parte del Capitán Jaime Castillo Martín, por no prestarse para acompañarlo en las actividades delictuales que desarrolló estando como Comandante del CAI Patio Bonito, precisando que *“ahora tras las rejas, en represalia le llenó el folio de vida de anotaciones NEGATIVAS que son las que transcribe la resolución demandada, las cuales fueron inventadas por el mencionado Oficial para dañar la reputación del demandante (...).”*

Así las cosas, se encuentra demostrado que las faltas del uniformado reseñadas por parte de la entidad como incumplimiento de la órdenes (operatividad) en la Resolución de retiro, se tuvieron en cuenta desde el 4 de enero de 2014, fecha desde la cual el Comandante del CAI Patio Bonito era el Subteniente Jairo Alfonso Hernández Rodríguez y desde el 21 de junio del mismo año, el registro de infracciones del actor las realizó el Subteniente Faustino Reina Cuellar.

Ahora bien, se advierte que el señor Jaime Castillo Martín en su calidad de Comandante del CAI Patio Bonito empezó a registrar actuaciones en el formulario de seguimiento del señor Escobar desde el 23 de febrero de 2015, situación que permite a esta instancia afirmar que el proceder incorrecto del uniformado se venía presentando con anterioridad a la posesión de su persecutor, según su dicho.

En caso contrario, no se encuentran los medios de prueba que permitan a esta instancia advertir que en efecto el actor fue objeto de persecución por parte de algún servidor de la entidad y que conlleven además a establecer que las anotaciones de su mal comportamiento fueron registradas con el fin de perjudicarlo, para así poder reafirmar la confianza depositada por la Institución y la comunidad y concluir que su retiro obedeció a fines diferentes del mejoramiento del servicio.

Aunado a lo anterior, no es de recibo que el actor ante el conocimiento de hechos delictivos haya guardado silencio, teniendo en cuenta que es su deber como servidor público denunciar este tipo de conductas que afectan la imagen de la Institución.

En virtud de lo anterior, si el actor hubiera puesto en conocimiento de la autoridad correspondiente los hechos delictivos que se presentaban en la Unidad en la que

prestó el servicio, claramente denotaría su vocación y honor policial, su compromiso, sentido de pertenencia, lealtad y transparencia con la Policía Nacional.

Bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que el actuar de la entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, al contrario, se hizo en cumplimiento de una disposición legal que establece la facultad del Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá de retirar del servicio activo al patrullero Paul Danilo Escobar Pérez por voluntad de la Dirección General de manera discrecional y por razones del servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Institución y con fundamento en las pautas establecidas por la Corte Constitucional, que refieren a la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión y al estudio de fondo, completo y preciso del caso particular, con base en razones objetivas y hechos ciertos que permitieron recomendar la separación del cargo.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

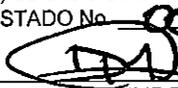
**SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas.

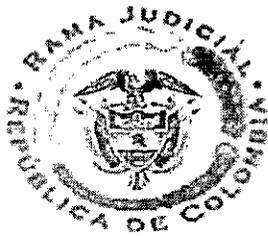
**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA  
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy treinta y uno (31) de enero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>006</u></p> <p> DEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: **11001-33-42-052-2016-00623-00**

Demandante: **MARÍA DEL CARMEN OCHOA**  
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho –  
Reliquidación pensional**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María del Carmen Ochoa en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora María del Carmen Ochoa, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 323225 del 20 de octubre de 2015 proferida por la entidad demandada en la cual se reliquido la pensión de vejez de la accionante sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y la nulidad parcial de la Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016 mediante la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación que fue interpuesto contra el anterior acto administrativo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES:

1. Reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo establecido en la Ley 33 de 1985 en cuantía de \$1.582.545.84 efectiva a partir del 1º de junio de 2004, fecha en que se retiró la accionante definitivamente del servicio.

2. Condenar al sujeto pasivo a liquidar y pagar la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 108007 del 13 de mayo de 2003 y sus correspondientes reliquidaciones y la sentencia que de fin a este proceso, a partir del retiro definitivo del servicio hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de los siguientes factores salariales: incremento por antigüedad, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por recreación, incentivo por desempeño grupal y factor nacional.
3. Condenar a la entidad demandada al pago de las sumas adeudadas conforme al IPC y que dé cumplimiento a la sentencia según los términos fijados en la Ley 192 de la Ley 1437 de 2011.
4. Condenar a la entidad accionada al pago de los intereses moratorios y costas procesales de conformidad a lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso la accionante que (fl.37)

1. El sujeto activo prestó sus servicios como técnico en Ingresos Públicos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, por más de 20 años.
2. Mediante Resolución No. 108007 del 13 de mayo de 2003 el ISS reconoció a la accionante pensión de vejez teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 condicionada a la acreditación al retiro definitivo del servicio.
3. La actora continuó laborando hasta el 31 de mayo de 2004, momento en el cual se retiró definitivamente del servicio.
4. La accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad accionada el 10 de agosto de 2015 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
5. COLPENSIONES mediante la Resolución No. 323225 del 20 de octubre de 2015, procedió a reliquidar parcialmente la pensión de la parte actora, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
6. Por lo anterior, la accionante presentó recurso de apelación el 18 de diciembre de 2015, la cual fue resuelta por la entidad accionada mediante la Resolución

No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016 accediendo parcialmente a la reliquidación solicitada.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, Ley 57 de 1887, Ley 1437 de 2011, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988.

Afirmó que la accionante al ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, razón por la cual, la pensión se le debe liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Lo anterior, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 70 a 83).

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) "COBRO DE LO NO DEBIDO", en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de

favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) "PRESCRIPCIÓN", contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (ii) "BUENA FE", al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) "GENÉRICA O INOMINADA", con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso y (v) "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO", por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión del actor con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005;

**4.DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Respecto a las anteriores excepciones anota el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

Frente a la excepción de prescripción se advierte que será estudiada en caso que prosperen las pretensiones de la parte actora.

**5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Los extremos procesales radicaron sus alegatos de conclusión el 5 y 11 de diciembre de 2017 (Fls.121 a 137), en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación del libelo introductorio respectivamente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES

## 1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 11 de septiembre de 2017 (Fls.97 a 113), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte demandada a que su pensión de vejez sea reliquidada por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?

## 2. ACERVO PROBATORIO

2.1. Resolución No. 108007 del 13 de mayo de 2003 proferida por el ISS, mediante el cual se reconoció la pensión de vejez a la parte actora, condicionando su pago a la acreditación del retiro definitivo del servicio (Fls.2 a 3).

2.2. Escrito presentado por la accionante en ejercicio del derecho de petición el 10 de agosto de 2015 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fls.23 a 25).

2.3. Resolución No. GNR 323225 del 20 de octubre de 2015, mediante el cual la entidad accionada resolvió la anterior petición y reliquidó parcialmente la pensión de la demandante (Fls. 4 a 9).

2.4. Recurso de apelación presentado por la actora el 18 de diciembre de 2015 en contra del anterior acto administrativo (Fls. 26 a 31).

2.5. Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016, a través del cual la demandada resolvió el recurso de apelación referido y reliquidó parcialmente la pensión de vejez de la parte actora (fls. 10 a 14).

2.6. Certificado de los factores salariales percibidos por la señora María del Carmen Ochoa para el periodo comprendido los años 2002 y 2004 (Fls.17 a 22).

2.7. Copia de la Cedula de Ciudadanía de la accionante (Fl.32).

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

### - DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 36 consagró:

*"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 mas 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.*  
(...)" (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

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

(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

*“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

***Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.***

***En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*** (Negrillas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...).”*

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de 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, anotando lo que sigue:

*(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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 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, precisó:*

*"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."*

*Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.<sup>1</sup>*  
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, 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. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).<sup>2</sup> (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón<sup>3</sup>, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

A su vez, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

*"(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.*

*(...)*

*Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.*

*(...)*

*Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objetó de reproche, realiza el siguiente análisis:*

*"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta*

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

*menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado.”*

*Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.”*

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

*En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el*

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto** de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

"**Monto**, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y **monta** es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "**monto**" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto**, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

(...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

"(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, **apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.**

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total

*de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de n2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.*

*(...)*

*En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.*

*Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...)"*

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

*Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)*

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

*- ¿Si le asiste derecho a la demandante a que le sea indexada el valor de la primera mesada pensional? luc"(...)*

*6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho<sup>4</sup> de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*

*6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación<sup>5</sup>.*

*6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario<sup>6</sup>, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."*

*6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con*

<sup>4</sup> En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>6</sup> Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

*los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."*<sup>7</sup>

(...)"

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser más significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues "produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación".

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

"(...)

*Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.*

**Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los**

<sup>7</sup> Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."

**requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde** “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.  
**[Negrilla y subrayado fuera del original]**

**En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia.** [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia **C-168 de 1995**, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU -230 de 2015 aclaró “**que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013**”.  
(...)”.

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-

2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

*Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos<sup>(...)</sup> bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.*

(...)

***Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.***  
(...)"

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera integral y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

*(...)*

*Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.*

*Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.*

*Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).*

*(...)*

*Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.*

*Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.*

*(...)*

*La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de “monto” e “ingreso base de liquidación” como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.*

*(...)*

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

A continuación, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud *“del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”*.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, señaló lo siguiente:

*“(…)*

*Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».*

*Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*

*Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos<sup>(...)</sup> ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos,*

*sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política(...).*

*Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.  
(...)"*

Finalmente, la Corte Constitucional mediante auto 229 del 10 de mayo de 2017, declaró la nulidad de la sentencia T-615 de 2016 por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, contra el auto referido, se presentaron salvamentos de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016 son distintos a los presentados en las sentencias T-078 de 2014, C-168 de 1995 y C-258 de 2013, motivo por el cual no se puede manifestar que está desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es el dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias y unificar el precedente ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a unos miembros de la Controlaría General de Republica, motivo por el cual el Despacho continua acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

## CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora María del Carmen Ochoa, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad accionada le negó la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1° de abril de 1994, fecha para la cual la señora María del Carmen Ochoa tenía 51 años de edad, pues nació el 17 de noviembre de 1942, tal como se evidencia de la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 32 del plenario.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó el ISS en la Resolución No. 108007 del 13 de mayo de 2003, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a la accionante (Fls. 2 a 3).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de jubilación del actora aplicó la Ley 33 de 1985, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, con el 75% como pensión sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, hecho que da a concluir que el régimen de transición no fue aplicado en su integridad (Fl.4).

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016 (Fl.10), la señora María del Carmen Ochoa laboró al servicio de la DIAN desde 1° de septiembre de 1972 hasta el 31 de mayo de 2004, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2003 y el 30 de mayo de 2004.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2003 y el 30 de mayo de 2004, relacionados en la certificación expedida por la DIAN visible a folios 17 a 22 del plenario, según la cual, la accionante percibió: sueldo básico, incremento por antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por recreación, incentivo por desempeño grupal, factor nacional, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016 (fls.10 a 14), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: sueldo básico y bonificación por servicios prestados quedando pendientes de reconocer los denominados: incremento por antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por recreación, incentivo de desempeño grupal, factor nacional, prima de servicios y prima de navidad.

En consideración a los conceptos no reconocidos por la entidad en la liquidación pensional de la actora, se advierte que la bonificación por recreación, no remunera directamente la prestación del servicio de un empleado público, ya que dicho emolumento es un pago que se realiza con el fin de auxiliar las vacaciones que va a gozar ese sujeto calificado, por lo que se ubica como prestación social.

Sobre el particular el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 referida en el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia señaló:

*"(...) El ordenamiento jurídico prescribe que **la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales**, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, **es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión (...)**" (Negritas fuera de texto)*

Por lo anterior, no se tendrán en cuenta la bonificación por recreación para la reliquidación de la pensión de vejez de la señora María del Carmen Ochoa.

Frente al factor nacional, el artículo 9º del Decreto 4050 de 2008 señala que *“es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal**”*.

En ese orden de ideas, no se tendrá en cuenta el factor nacional para la reliquidación pensional de la prestación pensional de la parte actora.

Respecto a los factores que se van a tener en cuenta para la reliquidación pensional de parte actora, el Despacho considera necesario pronunciarse sobre los factores incremento por antigüedad e incentivo de desempeño grupal.

Respecto al incremento de antigüedad, se tiene que este es una prestación que retribuye directamente el servicio personal que realiza un trabajador en virtud de su relación legal y reglamentaria con el Estado, motivo por el cual se tiene como factor salarial para la liquidación de la pensión de la actora, ello de conformidad con lo expuesto en los Decretos 1647 de 1991, 1268 de 1999 y 4050 de 2008 (normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la DIAN), así como lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 citada en el marco jurídico y jurisprudencial según el cual *“En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, **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 (...)*”.

Respecto al desempeño grupal, se resalta que si bien el Decreto 1268 de 1999 y el Decreto 4050 de 2008 la establecieron taxativamente como de no naturaleza salarial a partir de la declaratoria de nulidad de la expresión contenida en el artículo 8° de la última disposición según la cual *“no constituirá factor salarial por ningún efecto legal”*, decretada por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de julio de 2015 dentro del radicado No. 110010325000201100067-00, es claro que los servidores públicos de la planta personal de la DIAN tiene derecho a que se tenga en cuenta como factor salarial el referido emolumento para la liquidación de sus prestaciones, motivo por el cual al ser percibido por la parte actora dentro del último año de prestación de servicios, se tendrá en cuenta a efectos de determinar el IBL de su pensión de vejez.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 323225 del 20 de octubre de 2015 y (ii) Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016 mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez de la accionante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora María del Carmen Ochoa, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 31 de mayo de 2003 y el 30 de mayo de 2004, a saber: **incremento de antigüedad, prima de vacaciones, incentivo por desempeño grupal, prima de servicios y prima de navidad** además de los ya reconocidos sueldo básico y bonificación por servicios prestados.

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Ahora bien, el criterio adoptado por el Despacho sobre el cual se advierte que para efectos de la liquidación de la pensión de vejez de un servidor público que hace parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe efectuarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tiene como fundamento efectivizar los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso al trabajador la interpretación según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicios y no del promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

De la mano de lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que para asuntos laborales tiene especial relevancia lo estipulado en el artículo 53 ibídem.

Así sobre el tema bajo estudio, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio pro homine, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se puede generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

En efecto, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto estaría en contra del principio favorabilidad, indubio pro operario y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Además, en el asunto se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que

se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida pensión de vejez a través de la Resolución No. 108007 del 13 de mayo de 2003 (fls.2 a 3); que elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 10 de agosto de 2015 (fls.23 a 25) y que radicó la demanda del asunto el 13 de septiembre de 2016 (fl.53), por lo que se concluye que las sumas a pagar en virtud de la reliquidación ordenada serán las causadas a partir del 10 de agosto de 2012 dado a la ocurrencia de la prescripción trienal señalada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se aclara que se ordenará el pago de las sumas actualizadas conforme a los índices de inflación, certificados por el DANE, revalorizando su cuantía; advirtiéndose que

dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

(...)

*En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción<sup>8</sup>, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.*

*Por lo tanto, para la Sala es claro que **una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.***(...)

(...)

*En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social*(...).

*Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.*

(...)

*La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que*

---

<sup>8</sup> Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: "El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."

*haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas. (...)*  
*(...)" (Negrillas fuera de texto)*

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad<sup>9</sup> deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

*"(...)*  
*Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)*

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse "con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios" en los que efectivamente los haya devengado.***

<sup>9</sup> Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

*Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.  
(...)" (Negrillas fuera de texto).*

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

#### **FALLA**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 323225 del 20 de octubre de 2015 y (ii) Resolución No. VPB 6304 del 8 de febrero de 2016, mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez de la accionante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de la señora María del Carmen Ochoa, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.311.110 de Bogotá, en los

términos de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2003 y el 30 de mayo de 2004, a saber: además del sueldo básico y bonificación por servicios prestados ya reconocidos, los siguientes: **incremento por antigüedad, prima de vacaciones, incentivo por desempeño grupal, prima de servicios y prima de navidad, a partir del 10 de agosto de 2012 por prescripción trienal previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

**TERCERO.-** Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**CUARTO.-** Sin lugar a condena en costas.

**QUINTO.-** Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SEXTO.-** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO.-** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA  
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy treinta y uno (31) de enero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>006</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--