

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de decisión

Magistrada ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación	17 001 33 33 002 2014 00670 00
Medio de control	Repetición
Demandante	Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial
Demandado	Gonzalo Humberto Villegas Henao
Providencia	Sentencia no. 89

Procede la Sala a decidir el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales**, el día 16 de noviembre de 2017, mediante la cual se negaron las súplicas de la demandante.

I. Antecedentes

A. Pretensiones.

La parte demandante, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de repetición consagrada en el artículo 142 del CAPCA, solicita:

“Primero: Que se declare responsable al doctor Gonzalo Humberto Villegas Henao de los perjuicios ocasionados a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de la Administración Judicial por la condena administrativa de la que fue objeto por parte del Tribunal Administrativo de Caldas en sede de segunda instancia mediante fallo de fecha de quince (15) de marzo de dos mil doce(2012), al

reconocer y ordenar el pago debidamente indexado y a título de indemnización, de los valores dejados de percibir por el señor Hernán Jaramillo desde el momento en que fue terminada su relación legal y reglamentaria con la Dirección Seccional de Administración Judicial.

Segundo: *Que se condene al doctor Gonzalo Humberto Villegas Henao a cancelar la suma de ciento treinta y siete millones ciento noventa y dos mil doscientos sesenta y seis pesos m(cte (\$137.192.266.00) a favor de la Nación- Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial, suma que equivale a lo que fue pagado por mi representada al señor Hernán Jaramillo Jaramillo con el fin de dar cumplimiento a la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.*

Tercero: *Que los dineros que se paguen a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial sean debidamente indexados.*

Cuarto: *Que se condene al doctor Gonzalo Humberto Villegas Henao a cancelar los intereses comerciales a favor de la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso.*

Quinto: *Que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.”*

B. Hechos:

Manifiesta la entidad demandante que mediante resolución 1050 de 17 de mayo de 2004 el señor Hernán Jaramillo fue nombrado en provisionalidad como Auxiliar de Administrativo grado 3 en la Dirección Seccional; a través de la resolución 1458 de 31 de julio de 2006 el director ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales de la época, señor Gonzalo Humberto Villegas Henao declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad efectuado al sr Jaramillo, quien interpuso recurso de reposición contra el acto mencionado, recibiendo comunicación el día 11 de agosto de 2007, en el que se le informó que contra la resolución en mención no procedía recurso alguno.

Sostiene que el señor Hernán Jaramillo Jaramillo interpuso acción de tutela a través de la cual solicitó la protección de sus derechos al debido proceso y al derecho de defensa, siendo resuelta mediante fallo del 15 de febrero de 2007, ordenando a la Dirección Seccional de la Administración Judicial,

motivar el acto de insubsistencia; por lo que se profirió la resolución número 0825 de 23 de febrero de 2007, mediante la cual se acató el fallo de tutela, motivando el acto de declaratoria de insubsistencia, por razones de mejoramiento del servicio y en defensa del interés general.

Posterior a ello, el señor Jaramillo mediante apoderado judicial presentó demandada de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declarara la nulidad del acto de desvinculación y ordenara su reintegro, dicho proceso se llevó a cabo bajo el radicado número 2006 00271, en el cual en primera instancia se profirió sentencia negando las pretensiones de la demandante el día 22 de febrero de 2010 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, la cual fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas en segunda instancia, declarando la nulidad de la resolución 1458 de 31 de julio de 2006 e inaplicando la resolución 0825 de 23 de febrero de 2007; y condenó a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales a reincorporar sin solución de continuidad al demandante en condición de provisionalidad en los términos señalados en la sentencia correspondiente.

Afirma la demandante que en cumplimiento del fallo condenatorio, pagó al señor Hernán Jaramillo Jaramillo la suma de \$137.192.266. el día 30 de diciembre de 2013.

Así mismo, sostiene que el Comité de Defensa Judicial y Conciliación, en sesión celebrada el día 07 de julio de 2014, consideró que el hecho de no motivar debidamente el acto de declaratoria de insubsistencia, se constituye en una conducta gravemente culposa que acarreó consecuencias para la entidad, con una cuantiosa condena patrimonial; por lo que afirma que la conducta del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, vulneró las normas del derecho sustancial y procesal.

C. Fundamentos de derecho.

La demandante cita como disposiciones violadas los artículos 132 y 149 de la ley 270 de 1996, y el párrafo 2° del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Así mismo hace unas citas jurisprudenciales y normativas relacionadas con la motivación del acto de insubsistencia, así como el medio de control de repetición, considerando procedente la demanda de la referencia en contra del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, en atención a que como Director Ejecutivo Seccional de la Administración Judicial de Manizales, fue el agente que infringió la constitución y la ley al proferir un acto de desvinculación sin la debida motivación, encuadrando dicha conducta en la contenida en el numeral 3° del artículo 6 de la ley 678 de 2001, en la hipótesis de culpa grave.

D. Contestación de la demanda. (Fls. 61 a 85 C. 1)

El apoderado judicial de la parte demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y frente a los hechos sostiene que, la doctora Andrea Molina Álvarez, era quien para la época de los hechos ejercía como Directora Seccional de Administración Judicial de la ciudad de Manizales, quien en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior, expidió la resolución número 825 de 23 de febrero de 2007, mediante la cual declaró insubsistente al señor Hernán Jaramillo Jaramillo.

Luego hace referencia a la naturaleza de la acción de repetición, y enfatiza en la actuación gravemente culposa del ex servidor, citando que es fundamental definir si el demandado incurrió en los grados de dolo o culpa grave como consecuencia de una actuación por fuera de la ley; y continúa con el estudio sobre el deber de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad.

Cita el apoderado del demandado la actuación administrativa y judicial surtida a partir de la decisión insubsistencia, para destacar que el señor Jaramillo Jaramillo interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Rama Judicial - Dirección Seccional de

Administración Judicial de la ciudad de Manizales, proceso en el que mediante sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda al considerar que los empleados judiciales nombrados en provisionalidad pueden ser desvinculados mediante acto administrativo no motivado, porque el nominador actúa en ejercicio de la facultad discrecional, se presume que la decisión está motivada con fundamento en el mejoramiento continuo del servicio; advirtiéndolo al ahora demandado que, para la fecha en que ocurrieron los hechos, no existía un criterio unificado sobre la necesidad de motivar o no el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado en "provisionalidad"; motivo por el cual, a su juicio, la sentencia de primera instancia expedida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales y la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en segunda instancia fueran totalmente diferentes, inclusive la Procuraduría 29 Judicial Administrativa en el concepto emitido dentro del trámite del recurso de apelación que se surtió en el Tribunal Administrativo de Caldas, consideró pertinente ratificar la postura señalada en primera instancia en cuanto a la facultad discrecional que reviste al administrador para desvincular del servicio a un empleado judicial nombrado en provisionalidad, sin necesidad de que en el acto administrativo se exprese una razón que justifique el retiro.

Por lo expuesto, sostiene que el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial actuó conforme con los postulados legales de transparencia, celeridad y buen manejo en nombre de la administración, por lo que si bien el señor Hernán Jaramillo Jaramillo fue declarado insubsistente del cargo que ostentaba dentro de dicha entidad, esa determinación fue supeditada a la facultad discrecional que le asistía al demandado al momento de expedir la resolución correspondiente.

Por otra parte, señala que existió una segunda resolución con número 825 del 23 de febrero de 2007 suscrita por la Doctora Andrea Molina Álvarez, en su calidad de Directora Seccional de Administración Judicial -Seccional Caldas-, en cumplimiento del fallo de tutela emitido por el Tribunal superior del Distrito Judicial de Caldas, en el que se ordenó motivar el acto

administrativo que en principio fue suscrito bajo la facultad discrecional por el demandado, evidenciándose con ello que la administración tuvo la oportunidad de corregir, modificar y/o aclarar el acto que declaró la insubsistencia del cargo al señor Hernán Jaramillo Jaramillo, pero que pese a esa posibilidad no lo modificó.

Concluye que la conducta asumida por el señor Gonzalo Humberto Villegas Henaonopuede reputarse de gravemente culposa, por lo que solicita se nieguen las súplicas de la demanda y se condene en costas a la parte actora, y propone las excepciones denominadas *“Falta de legitimación en la causa por activa”, “Falta de soporte y análisis del comité de defensa judicial y conciliación de la rama judicial, respecto a la conducta gravemente culposa del demandado”* y, *“Ausencia grave de dolo o culpa en la actuación del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao al expedir el acto administrativo de insubsistencia bajo la facultad discrecional”*.

E. Sentencia de primera instancia (Fls. 124 a 130 C. 1)

El 16 de noviembre de 2017, mediante sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, se negaron las pretensiones de la demandante.

Inicia la Juez de instancia con la exposición de los aspectos generales y normativos del medio de control de Repetición, y expone que, teniendo en cuenta que los hechos que dieron lugar a la sentencia de condena a la Nación- Rama Judicial- Dirección Seccional de Administración Judicial, fueron posteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, esa será la norma aplicable para dilucidar si el pago realizado es imputable a título de dolo o culpa grave al señor Gonzalo Humberto Villegas Henao.

Así mismo, sostiene la Jueza que la prosperidad del medio de control de repetición está sujeta a que se acredite la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación de pago a cargo de la entidad estatal correspondiente; el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; la calidad del demandado como agente o ex agente del

Estado demandado o particular en ejercicio de funciones públicas; la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado y que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Frente a la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal, cita la Jueza que reposa en el expediente copia auténtica de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el día 15 de marzo de 2012, por medio de la cual se condenó a la Nación -Rama Judicial - Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales a pagar al actor los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 31 de julio de 2006 o el 23 de febrero de 2007.

Con relación al pago de la indemnización por parte de la entidad pública, sostiene que una vez realizado el análisis probatorio, los documentos aportados no constituyen por sí solos pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago efectivo y total de una obligación a cargo de la Rama Judicial a través de la citada dependencia; y que, pese a que la resolución número 6087 de 2013, que reconoce y ordena el pago, ello no es prueba de la cancelación efectiva y total de los valores adeudados al señor Hernán Jaramillo Jaramillo.

También sostiene la Jueza que la constancia emanada de la propia entidad de haber efectuado el pago o el comprobante de orden de pago presupuestal de gastos, tampoco constituyen prueba idónea y suficiente de la erogación y pago de la condena, advirtiendo que en el presente caso no obra en el proceso comprobante del recibo a satisfacción por parte del acreedor de la suma de dinero adeudada, como lo sería una constancia de recibido, comprobante de consignación o paz y salvo; ni tampoco obra manifestación del beneficiario en dicho sentido.

Aclara que, si bien la orden de pago hace referencia a que el medio de pago es el abono a cuenta, indicando el número de la misma y el banco, ello no

certifica la real consignación de la suma adeudada a una cuenta a nombre del acreedor, ya que dicha orden no emana de ninguna entidad bancaria sino de la entidad deudora; considerando por ello que, en el asunto de estudio no se cumplió con el segundo requisito para la procedencia de la acción de repetición, correspondiente a la prueba del pago efectivo y total de la condena; concluyendo por ello que las pretensiones deben ser negadas por las deficiencias probatorias que impiden tener certeza y convicción del pago realizado por la demandante, siendo improcedente el estudio de la conducta del agente en este caso.

F. Recurso de apelación (Fls. 142 a 144 C. 1).

La demandante Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial apela la sentencia aportando con ello los siguientes documentos: i) resolución número 6087 de 23 de diciembre de 2013, mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia, ii) copia de la orden de pago presupuestal de gastos comprobante, y iii) oficio de comunicación de la resolución por medio de la cual se da cumplimiento a una sentencia.

Expone que existe orden de pago presupuestal de gastos comprobante 357100513, donde se enuncia estado pagada, a la cuenta de ahorros 000256730177 del banco Davivienda, a favor del tercero Hernán Jaramillo Jaramillo, identificado con cédula 9845387, la cual se allegó al proceso.

Afirma que, en atención a que el Juzgado manifestó que no se cumplió el requisito probatorio de haber pagado, en caso de duda puede el despacho decretar la respectiva prueba; pero que al encontrarse en el expediente que efectivamente la persona demandante sí recibió el dinero, esto es Hernán Jaramillo, porque debió ser notificado como se evidencia, es un error de apreciación, ya que si fue notificado habría aceptación o recibido del pago; motivos por los cuales considera que debe revocarse la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

G. Alegatos de conclusión segunda instancia.

- **Parte demandante (Fls. 8 a 13 C.2)**

El apoderado judicial de la parte demandante expone que la discusión se centra en la duda sobre el pago, pues el despacho de primera instancia incurre en deficiencia probatoria, porque si bien se aportó en debida forma la documentación, la Juez deduce que la misma no es soporte para condenar por repetición, según las pretensiones de la demanda.

Hace una cita jurisprudencial, y reitera que los pagos sí se hicieron, que se está poniendo una carga adicional referida a una constancia del beneficiario, sabiendo de antemano que el mismo recibió el dinero; y que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado invocada al fijar el litigio se asumió el pago porque se acreditó con los respectivos actos administrativos.

Sostiene que están dadas las condiciones, la calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena; la existencia de una condena judicial, que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado; el pago efectivo realizado por el Estado, y la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; razones suficientes para que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demandad en ejercicio del medio de control de repetición, toda vez que, al confirmar la sentencia impugnada, sería reconocer una carga impositiva como nuevo requisito de probanza de pago.

- **Parte demandada (Fls. 10 a 13 C. 2)**

El apoderado judicial del demandado cita en su escrito de alegatos que las consideraciones expuestas dentro de la sentencia apelada son debidamente justificables y acertadas a la luz de los hechos y las pruebas arrimadas y decretadas a lolargo del proceso; así como que la demandante desconoció que la expedición del acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia en el cargo que ocupaba el señor Hernán Jaramillo Jaramillo al interior de la Rama Judicial del Poder Público en el Departamento de

Caldas, estuvo regido por los postulados de ley para el efecto, y por tanto no existió motivo alguno para que se impetrara en principio, esta acción de repetición y en segundo lugar, no existe prueba del pago total y efectivo de las sumas de dinero impuestas en la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 15 de marzo de 2012.

También se refiere a que, en el escrito de apelación presentado por la parte demandante allega una serie de documentos con los que pretende acreditar el pago, y que, pese a que ellos ya reposan dentro del proceso, y fueron debidamente valorados por parte de la Juez de primera instancia; lo cierto es que los mismos no deben ser tenidos en cuenta en segunda instancia, específicamente la copia del Oficio DEAJRH13-11469 de fecha 31 de diciembre de 2013, ya que este documento no fue aportado, ni tenido como prueba dentro de la oportunidad legal pertinente para su valoración, conforme las normas dictadas en materia Contencioso Administrativo; pues toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y que se relacionen claramente los supuestos tácticos objeto de la controversia; de manera que, al presentarse nuevos materiales probatorios, se está violentando el derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, así como se vulnera el derecho de contradicción y defensa.

Finalmente, reitera que la actuación del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao no estuvo precedida de dolo o culpa grave, pues la declaratoria de insubsistencia se dio con ocasión a un acto discrecional de la administración, criterio que para esa fecha era el predominante por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la misma que era acogida en su integridad por parte de los Tribunales y Jueces Administrativos en todo el país.

H. Concepto Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia procesal, tal como dice la constancia secretarial que reposa a folio 14 del cuaderno 2 .

I. Solicitud estando a despacho para sentencia. (Fls. 17 a 19 C. 2)

El apoderado judicial del demandado allega memorial mediante correo electrónico el día 11 de noviembre de 2020 exponiendo que estando el proceso a Despacho para proferir la sentencia de segunda instancia, el señor Gonzalo Humberto Villegas Henao falleció en la ciudad de Florencia (Caquetá) el día 6 de septiembre de 2020; motivo por el cual, a su juicio, la acción de repetición según el artículo 2° de la Ley 678 de 2001 se ejerce contra el servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud a una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; y que, como esa conducta dolosa o gravemente culposa es atribuible única y exclusivamente al agente del Estado o funcionario público que dio lugar al pago de una indemnización por parte de una entidad de derecho público, su responsabilidad es personal y por la misma razón no es transmisible por causa alguna.

Motivos por los cuales afirma que, con la muerte del demandado señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, se imposibilita la imputación de una conducta dolosa o gravemente culposa a través de la acción de repetición, cesando la misma y terminándose la actuación procesal por carencia de objeto; por lo que solicita, se disponga la terminación del proceso en virtud de dicho fallecimiento. Aporta copia del correspondiente registro civil de defunción indicativo serial número 03893590, de la Notaría Primera de Florencia – Caquetá, correspondiente al señor Villegas Henao, cuya fecha de muerte es el día 6 de septiembre de 2020.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver los siguientes planteamientos:

El primer problema jurídico que se abordará como cuestión previa, corresponde a determinar si ¿el fallecimiento del demandado señor Gonzalo Humberto Villegas Henao es causal de terminación del presente proceso de repetición que cursa en su contra?

Y, en caso de no ser así:

¿Cuáles son los requisitos necesarios para la prosperidad del medio de control de Repetición?

¿Se encuentra acreditado el pago de la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial, en virtud de una sentencia judicial producto de una condena en su contra?

¿Hay lugar al estudio de la culpa grave del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, y en caso afirmativo, se encuentra demostrada la misma?

2. ¿El fallecimiento del demandado señor Gonzalo Humberto Villegas Henao es causal de terminación del presente proceso?

Sea lo primero precisar que al revisar cuidadosamente la ley 678 de 2001 por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de Repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, no se observa ninguna consideración especial o particular en caso de fallecimiento del demandado, y su artículo segundo la define como una acción civil de carácter patrimonial.

Por su parte, el artículo 68 del Código General del Proceso, dispone:

“Artículo 68. Sucesión procesal. <Inciso modificado por el artículo 59 de la Ley 1996 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:>Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.” (Subraya la Sala)

Del artículo en cita queda claro que, en caso del fallecimiento de un litigante, el proceso continuará con su cónyuge y herederos, motivo por el cual, para esta Sala el fallecimiento del demandado en el presente litigio no resulta ser causal de terminación del proceso, toda vez que el proceso debe continuar adelante con la esposa (en caso de existir), y los herederos del aquí demandado señor Gonzalo Humberto Villegas Henao (Q.E.P.D.); dejando presente que, el mismo artículo dispone que si en el curso del proceso ocurre el fallecimiento de una de las partes, los sucesores en el derecho, podrán comparecer para que se les reconozca como tales, y la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran; motivo por el cual se continúa con el trámite del proceso en esta instancia.

3. Análisis normativo.

El hecho que dio origen a la presente demanda, sucedió en vigencia de la Ley 678 de 2001¹, toda vez que, la actuación que ocasionó los perjuicios tuvo su origen en la presunta actuación culposa del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, cuando el 31 de julio de 2006, profirió el acto de declaratoria de insubsistencia del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, dando lugar a que mediante sentencia de segunda instancia proferida el 15 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Caldas, se declarara la nulidad de la resolución número 1458 de 31 de julio de 2006, e inaplicara la

¹Ley 678 de 2001 - artículo 31. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. La publicación se surtió el día 4 de agosto de 2001.

resolución número 0825 del 23 de febrero de 2007, mediante las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de señor Hernán Jaramillo Jaramillo; y en consecuencia condenó a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial a pagar los salarios y prestaciones causadas entre la fecha de la desvinculación hasta la fecha de reintegro efectivo.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*. Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

De igual manera, regula tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, define las generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales; jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares dentro del respectivo proceso.

3.1. Naturaleza jurídica del medio de control de repetición

De conformidad con el soporte jurídico- constitucional, al definir la responsabilidad del Estado en el artículo 90, queda claro que el Constituyente dejó establecido en el inciso segundo de la citada norma, la posibilidad de obtener de los servidores públicos el reembolso de las indemnizaciones que el Estado deba sufragar, por el obrar doloso o gravemente culposo de éstos en el desarrollo de sus funciones. Por tal causa las entidades que componen el Estado, adquieren un deber Constitucional, cual es la protección del erario público, y es así, como frente al obrar inadecuado de sus funcionarios, que derive en detrimento patrimonial de la entidad, debe ésta hacer uso de dicha herramienta procesal (medio de control de repetición) para garantizar la moralidad y eficiencia de la función pública y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo que dicha acción comporta.

De igual forma, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 446 de 1998, brindó una regulación legal sobre la procedencia de la repetición, haciéndola extensiva a los casos en que las entidades públicas se vieran avocadas a conciliar por una actuación administrativa derivada del obrar doloso o gravemente culposo de un servidor o ex servidor público.

Por su parte, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, consagra el medio de control de repetición, *“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidores o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”*.

4. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado² ha reiterado los presupuestos para la prosperidad del medio de control de repetición en el siguiente sentido:

“(...) 5. Presupuestos de prosperidad en la acción de repetición. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente, ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

En relación con lo anterior, se debe precisar que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados.

En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda.(...)” (Subraya la Sala).

En reciente pronunciamiento del presente año, el Consejo de Estado³ ha precisado con relación al requisito del pago de una condena judicial lo siguiente:

“(...) Para demostrar el cumplimiento de la exigencia a la que se viene haciendo referencia, la parte demandante ha podido allegar no solo el documento o documentos que reconocieran y ordenaran el pago en favor de la beneficiaria y la correspondiente orden de pago, como acá se hizo, sino también, por ejemplo, la constancia de haber recibido la beneficiaria o su apoderado el pago a entera satisfacción,

²Consejo de Estado. Sección Tercera, Sub Sección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019. C.P. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821)

³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sub Sección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. C.P. Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. 25000-23-26-000-2010-00843-01(48279)

un comprobante de egreso, una consignación, incluso una certificación bancaria o del tesorero de la entidad acreditando el referido pago como acreditación en cuenta del acreedor. (...)”

De igual manera, el Consejo de Estado⁴ ha precisado:

“(...) 3. El pago efectivo de la condena impuesta

18. Respecto al pago de la condena, esta fue ordenada mediante la Resolución No. 1387 de 24 de agosto de 2004 (fl 281 - 283, c. 1) expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, mediante la cual dispuso el cumplimiento de las sentencias del 25 de marzo de 2004 y 26 de enero de 2006, dictadas por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ocasión de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones N°(s) 00626 de 22 de julio y 01016 de 1° de octubre de 2002, que negaron el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por la tardanza en el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Álvaro Mosquera Muñoz.

18.1. También se aportó certificación expedida por el jefe de división de prestaciones económicas de FONPRECON que señala que al señor Álvaro Mosquera, en la nómina del septiembre de 2006, se le consignó la suma de \$16'873.882 por concepto de intereses moratorios, en cumplimiento de lo ordenado en la resolución antes citada. Igualmente, aparece constancia de la Tesorería de FONPRECON que señala que, en cumplimiento de una sentencia, al señor Álvaro Mosquera le fue consignada la suma de \$16'873.882 por concepto de intereses moratorios en su cuenta de ahorros No. 666538822 del banco Bancafé, suministrada por el grupo de nómina, documentos que dan cuenta de que dicha suma fue depositada a nombre del beneficiario, con lo que no hay duda del pago de la condena (fl. 281-283, 297-298, c. 1). (Subraya la Sala).

En igual sentido se pronuncia el Consejo de Estado⁵:

“(...) En línea con lo anterior, el Ejército Nacional sí probó el pago efectivo de la condena con esos documentos, aportados junto con la demanda, los cuales, como pasará a exponerse, proporcionan suficiente certeza sobre el efectivo cumplimiento de la obligación y su consecuente extinción.

*En efecto, la **certificación expedida por la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa** -en la que se consignó que el pago de los \$512'837.570 al abogado Omer Adame Ángel ocurrió el 27 de mayo de*

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 17 de marzo de 2021. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 25000-23-26-000-2012-00449-01(55028)

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de agosto de 2021. CP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 85001-12-33-000-2013-00191-01(54750)

2011- ostentó la naturaleza de prueba sumaria desde la presentación de la demanda hasta antes de su contestación y perdió ese carácter una vez los demandados tuvieron la oportunidad de controvertirla y no lo hicieron.

Entonces, esa certificación -que, además, encuentra respaldo en la Resolución número 2266 del 16 de mayo de 2011- se constituye en la prueba idónea y suficiente de que el pago se produjo el 27 de mayo de 2011, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 142 del CPACA⁹² y la jurisprudencia reiterada de esta Subsección⁹³.(Subraya la Sala).

Una vez precisada la directriz jurisprudencial relacionada con los requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición; así como la forma eficiente y efectiva para demostrar el pago de la condena realizada por la demandante, pasa la Sala a despejar el segundo problema jurídico de la siguiente manera:

5. ¿Cuáles son los requisitos exigibles para la prosperidad del medio de control de repetición?

El artículo 2 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento con fines de repetición dispone:

“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (...)”

De la norma en cita se desprende que, para el ejercicio de la acción de repetición, se deben presentar los siguientes presupuestos:

- i) Que una entidad pública haya sido condenada por la Jurisdicción Administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución de un conflicto.

- ii) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación.
- iii) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o de un particular que ejerza funciones públicas.

De igual manera, se hace necesario aclarar por esta Sala que, si bien el inciso tercero del artículo 142 del CPACA que regula el medio de control de repetición dispone que *“Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”*; también lo es que, los documentos que allí se mencionan, se entienden como prueba suficiente sólo para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable; la norma no dice, -y no podría hacerlo-, que dicho documento sea suficiente para la prosperidad de la demanda de repetición. Bien puede decirse que lo que dice la norma es que, la prueba del pago es una condición para iniciar el proceso, lo cual se prevé para evitar sentencias en las que no puede estudiarse el fondo del asunto por falta de este requisito o sentencias contrarias a las pretensiones del Estado en su ánimo de repetición.

También, el requisito de la constancia de pago, acarrea para la parte demandante una carga que no solo implica actuar en pro de la recuperación del patrimonio; sino también, ser activo probatoriamente al demostrar el pago y el daño; además porque de ello depende el conteo de caducidad en este medio de control.

Se precisa entonces que, el certificado del pagador es requisito para iniciar con el proceso; pero no es ni el único, ni el que determina la prosperidad de las pretensiones de la demanda; por lo que se hace necesario en este momento, determinar los requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición.

Pasa entonces la Sala a estudiar las pruebas que obran dentro del proceso, para definir la existencia de los requisitos mencionados, empezando con la existencia de una condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga obligación y el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; para definir si debe continuarse con el estudio de la calidad de la agente y de la culpa grave o dolo.

6. De las pruebas allegadas al proceso

De las pruebas documentales que se aportan con la demanda, se resaltan las siguientes de mayor relevancia:

- Resolución número 1458 de 2006, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, proferida por el señor Gonzalo Humberto Villegas Henao en su calidad de Director Ejecutivo Seccional (Fls. 28 y 29 C. 1).
- Resolución número 0825 de 2007, mediante la cual la Directora Ejecutiva de Administración Judicial de ese momento, declaró insubsistente el nombramiento del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, ello en cumplimiento de un fallo de tutela, que ordena proferir un nuevo acto administrativo de desvinculación, motivándolo.
- Copia de la Constancia número CPLTES14-454 de fecha 17 de julio de 2014 proferida por la directora Administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Seccional de Administración Judicial de fecha 17 de julio de 2014 (Fl. 12 C. 1), en la cual afirma que mediante el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación, se efectuaron unos pagos al señor Hernán Jaramillo Jaramillo.
- Copia de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante la cual se revocó la

sentencia de primera instancia y en su lugar se accedió a las pretensiones del demandante (Fls. 19 a 27 C. 1).

- Copia de la resolución número 1458 de 2006 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaramillo Jaramillo (Fls. 28 y 29 C. 1)
- Copia de la resolución número 0825 de 2007 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaramillo Jaramillo (Fls. 29 vto. a 30 vto.)
- Copia de la resolución número 6087 de 23 de diciembre de 2013 por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas (Fls. 44 vto. A 12 vto. C. 1).
- Copia de la orden de pago presupuestal de gastos - comprobante (Fl. 53 C. 1)

Ahora, frente a los documentos aportados por la parte demandante con la interposición del recurso de apelación (Fls. 138 a 158 C. 1), para esta Sala es claro que dichos documentos no pueden ser valorados en esta instancia porque el aporte de éstos no se hizo dentro de las oportunidades probatorias consignadas en el artículo 212 de la ley 1437 de 2011.

Con fundamento en las pruebas que se relacionaron inicialmente, se pasa a resolver el tercer problema jurídico planteado, dejando presente que en el presente asunto no existe discusión sobre el primer elemento necesario, consistente en la existencia de condena judicial que impone una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente, en este caso Nación - Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial-, tal como consta en la copia de la sentencia número 212 proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, el día 15 de marzo de 2012, mediante la cual se revocó la sentencia proferida el 26 de febrero de 2010, por el

Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, y en su lugar, declaró la nulidad de la resolución número 1458 de 31 de julio de 2006 e inaplica la resolución número 0825 del 23 de febrero de 2007, mediante las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor Hernán Jaramillo Jaramillo; y en consecuencia, se condenó a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales a reincorporar al citado señor, así como pagar el valor de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta el reintegro efectivo (Fls. 19 a 27 vto. C. 1).

7. ¿Se encuentra acreditado el pago de la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial, en virtud de una sentencia judicial producto de una condena?

Es necesario precisar que en este caso, es justo la acreditación de la constancia de pago de la indemnización, el centro de la discusión y de inconformidad del apelante; pues la Juez de Primera Instancia consideró que al no estar acreditado el pago, no podía continuar con el estudio del fondo del asunto.

Para esta Sala es claro que la entidad demandante pretendió acreditar el pago con el aporte de la constancia de la Dirección Administrativa de Tesorería número CPLTES14-454 de 17 de julio de 2014, la cual reposa a folio 12 del cuaderno principal, acompañada de la resolución número 6087 de 23 de diciembre de 2013, mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia (Fls. 44 vto. A 52 vto. C. 1); así como con una copia de la orden de pago presupuestal de gastos – Comprobante – que se aporta a folio 53 del cuaderno principal.

Por su parte, la constancia de la Directora Administrativa de la División de Tesorería, cita la resolución número 6087 de 23 de diciembre de 2013 mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia, y dice que mediante órdenes de pago generadas en el Sistema Integrado de Información Financiera – DIIF NACIÓN -, se reconoce a favor del señor Hernán

Jaramillo Jaramillo, la suma de \$137.192.266, indicando al señor Jaramillo como beneficiario, la orden de pago, la fecha de pago, una cuenta bancaria y el total; y relaciona un cuadro donde obran como beneficiarios la Dirección de Impuesto y Aduanas, Sanitas y Colpensiones, sub totales, y total.

Y el documento de orden de pago presupuestal de gastos – comprobantes – del programa SIIF Nación, refiere a la orden de pago presupuestal, con número de obligación, fecha máxima de pago, código de referencia, valor bruto, deducciones, valor neto y saldo a pagar; tiene acápite de reintegros, y en donde dice tercero de la orden de pago aparece el nombre del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, con medio de pago: abono en cuenta. También está el número de una cuenta bancaria de ahorro del banco Davivienda S.A. menciona la resolución del 2013-12-27, con un ítem de afectación de gastos Sentencia y Conciliaciones, valor pagado \$115.332.662.00, la cual aparece con una firma responsable.

Una vez superando el estudio del contenido de la certificación con la que se pretende acreditar el pago, esta Sala debe revisar si ese documento por sí sólo, además de lo que se encuentra consignado en éste, acredita con suficiencia el pago que dice haber hecho a parte demandante. Para esta Sala, el pago sí se encuentra acreditado con la certificación de la Directora Administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Seccional de Administración Judicial de fecha 17 de julio de 2014, en la cual afirma que mediante el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación, se efectuaron unos pagos al señor Hernán Jaramillo Jaramillo; pues dicha constancia indica el pago al beneficiario, la fecha y el monto exacto, incluidos los detalles de pagos a la DIAN por tal concepto. Certificado que además, no se estudia de manera aislada, sino que resulta concordante con la condena impuesta, y la resolución No. 6087 de 23 de diciembre de 2013, mediante la cual se da cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, y con la copia del comprobante de orden de pago presupuestal de gastos; dejando presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado las certificaciones que en tal sentido han expedidos las oficinas de tesorería.

Por lo anterior, y al estar debidamente acreditado dentro del proceso uno de los requisitos imprescindibles para la prosperidad del medio de control de Repetición, esto es, la prueba indiscutible del pago de la condena impuesta mediante sentencia de segunda instancia a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales, resulta necesario el estudio de los demás requisitos necesarios para la prosperidad de las pretensiones de la demanda presentada dentro del presente medio de control de repetición, tal como la culpa grave del demandado, por lo que pasa la Sala a resolver el siguiente problema jurídico planteado.

8. ¿Se encuentra demostrado en este caso la existencia de la culpa grave del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao dentro del presente asunto?

Sea lo primero dejar presente que se encuentra probado que el señor Humberto Villegas Henao, el 31 de julio de 2006, profirió el acto de declaratoria de insubsistencia del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, mediante resolución número 1458 en la que se hace alusión a la naturaleza del cargo de la rama judicial, las formas de provisión de éstos, y cita jurisprudencia relacionada con que al empleado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad, pudiendo retirarse del servicio sin necesidad de motivar el acto; haciendo referencia además, a una sentencia de unificación del la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 5 de febrero de 2004.

De igual manera se encuentra probado que, mediante sentencia de tutela de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales del día 15 de febrero de 2007 (Fls. 36 a 44 C. 1), se ordenó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, representada por la doctora Andrea Molina Álvarez, expedir acto administrativo motivado, que dé las razones por las cuáles se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor Hernán Jaramillo Jaramillo.

Mediante resolución 0825 de 2007, la Directora Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Caldas -, declara la insubsistencia del señor Hernán Jaramillo Jaramillo Jaramillo (ello en cumplimiento de la sentencia de tutela referenciada anteriormente); y en dicha resolución se citan nuevamente los apartes jurisprudenciales referidos en la primera resolución de declaratoria de insubsistencia, específicamente en la facultad discrecional del nominador, sin necesidad de motivar el acto para esos casos.

Mediante sentencia número 212 del 15 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas se resolvió declarar la nulidad de la resolución número 1458 de 31 de julio de 2006, e inaplica la resolución número 0825 del 23 de febrero de 2007, mediante las cuales declaró insubsistente el nombramiento del señor Hernán Jaramillo Jaramillo, incluyendo en sus consideraciones la necesidad de la sustentación y motivación, pues al no hacerlo, se vulneraría el debido proceso. Y en su parte resolutive, condena a la Nación – Rama Judicial – Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales a reincorporar al demandante sin solución de continuidad, así como la condena al pago del sueldo, prestaciones sociales y emolumentos causados y dejados de percibir desde el “31 de julio de 2006 o el 23 de febrero de 2007, según corresponda, hasta la fecha que se produzca su reintegro efectivo al cargo”

Ahora pasa esta Sala a definir cuál es el régimen normativo para estudiar la culpa grave del demandado, y se deja presente de una vez que en este caso se hace referencia a la culpa grave, porque expresamente en el hecho décimo de la demanda se dice que la conducta del señor Gonzalo Humberto Villegas Henao constituye una conducta gravemente culposa.

El artículo 90 Constitucional contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños producido por sus agentes de la siguiente manera:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

El artículo 6 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición, dispone:

“Artículo 6o. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

Ahora bien, lo primero que resalta esta Sala es que, no obstante el demandado señor Gonzalo Humberto Villegas profirió la resolución número 1458 de 2006, mediante la cual declaró insubsistente al señor Hernán Jaramillo Jaramillo sin motivación alguna, y que ésta fue declarada nula mediante sentencia de este Tribunal; también, la Directora Ejecutiva quien lo sucedió, debió proferir de nuevo una resolución de desvinculación motivando dicho acto, en cumplimiento de una sentencia de tutela, y profirió la resolución número 0825 de 2007; y reiteró en sus consideraciones la jurisprudencia vigente en su momento del Consejo de Estado la cual indicaba que el acto de desvinculación de un empleado en provisionalidad no requería de motivación, debido a la facultad discrecional del nominador.

En efecto, advierte igualmente esta Sala que para el 31 de julio de 2006, fecha de expedición de la resolución que declaró insubsistente al señor Jaramillo Jaramillo, la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, máximo Tribunal Administrativo que sentaba un precedente vertical, disponía que no era necesario motivar los actos de desvinculación de un

empleado en provisional; tanto así que en sentencia del año 2012, el mismo Consejo de Estado⁶ precisó que la jurisprudencia aplicable al caso, era la vigente hasta antes del cambio de postura frente a la motivación de esos actos de la siguiente manera:

“(...) En efecto, el hecho de desempeñar la demandante un cargo de carrera en el momento de declararse insubsistente su nombramiento, al cual accedió en forma ordinaria y no mediante el sistema especial de méritos, no le otorgaba fuero alguno de estabilidad que le impidiera a la administración ejercer su facultad discrecional de remoción, pues la manera en que se nomina en provisionalidad, sin más observancia que el cumplimiento de los requisitos que la Ley exige para el desempeño de las funciones, permite el ejercicio de la discrecionalidad; de suerte que si en el nombramiento, la discrecionalidad fue el elemento imperante, esta misma circunstancia debe regir para la remoción de quien bajo esta clase de nombramiento, ejerce el empleo.

.- La facultad discrecional de insubsistencia del nominador: Ausencia de motivación

Una vez establecido que el nombramiento de la actora era de carácter provisional y que no gozaba de fuero de estabilidad, es claro para la Sala que, el nombramiento de la señora María Eugenia Briñez Niño, podía declararse insubsistente por el nominador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 numeral 2 de la Constitución Política y artículo 100 del Decreto 261 de 2000, toda vez que no fue vinculada por el sistema selectivo de personal, y por tal razón no gozaba del fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera. En consecuencia, resultaba procedente el retiro de la demandante, por declaratoria de insubsistencia, sin necesidad de motivación.

Al respecto, esta Sección⁷ ha precisado lo siguiente:

(...)

Acogiendo la tesis jurisprudencial vigente, es claro que, para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales, en caso contrario, la autoridad nominadora, respecto a nombramientos provisionales, puede ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio.

El precedente anterior es aplicable en este caso, toda vez que el retiro del servicio de la actora se produjo bajo el amparo del artículo 100 del Decreto 261 de 2000, de acuerdo con el cual el retiro del servicio procedía mediante declaratoria de insubsistencia, sin que fuera necesaria motivación alguna; empero, la Sala no pasa por alto que a partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 26 de abril de 2012. CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10).

⁷ Sentencia de 12 de abril de 2012, No. de Referencia: 500012331000200510278 01 No. Interno: 1674-2009. C.P: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE.

declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida.

Por lo tanto, en el caso concreto, el hecho de que el acto acusado, Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003 se haya expedido con anterioridad a la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, implica que para ese momento no resultaba necesaria la motivación de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio, y en tales condiciones, el nominador no tenía el deber de motivar el acto de retiro.

Así las cosas, con anterioridad a la Sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, el acto administrativo mediante el cual se disponía el retiro del servicio de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, nombrados en provisionalidad, no requería motivación alguna, y en tal sentido, en el presente caso, no era requisito motivar la decisión de retiro de la demandante, por lo que el cargo de "Falta de Motivación del acto impugnado" no está llamado a prosperar. (...)"

De acuerdo con lo citado, para esta Sala, se bien la jurisprudencia en cita se refiere a la desvinculación de un empleado de la Fiscalía General de la Nación, dicha directriz es lo suficientemente clara al precisar que la postura vigente para el año 2006 (fecha de expedición del acto proferido por el ahora demandante) era que los actos de declaratoria de insubsistencia de los empleados en provisionalidad no requerían ser motivados; así como también indica que el criterio que debe seguirse es el vigente para el momento de proferirse el acto acusado.

Por lo expuesto, entiende esta Sala que, el demandado señor Gonzalo Humberto Villegas Henao, al proferir la resolución 1458 de 2006, se orientó por la tesis jurisprudencial vigente para ese momento, la cual se reitera, era que la desvinculación de un empleado en provisionalidad no requería motivación; de tal manera que, mal podría decirse que actuó culposamente, vulnerando la constitución o la ley, o extralimitándose en el ejercicio de sus funciones.

Así mismo, en este caso no hay lugar a presumir una conducta gravemente culposa pues no se encuentra probado que, con la expedición de la resolución número 1458 de 2006, la cual fue declarada posteriormente nula,

se hubieran vulnerado las normas de derecho, ni haber incurrido en un error inexcusable; así como tampoco omitió las formas sustanciales de validez de los actos administrativos.

También se encuentra que la jurisprudencia que el Tribunal Administrativo, en la sentencia que declaró la nulidad el acto expedido por el ahora demandado aplicó, fue posterior a la fecha de expedición del acto, y se guió por dichos criterios; lo cual no implica que, este caso, en el medio de control de repetición, pueda imputarse al actor una infracción normas o criterios jurisprudenciales que surgieron con posterioridad al momento de los hechos.

De tal manera que, al no encontrarse en este caso acreditados los elementos subjetivos de responsabilidad administrativa del demandado, no hay lugar a que prosperen las pretensiones de la demandante nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial -, de tal manera que debe confirmarse la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 16 de noviembre de 2017, la cual negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones acá expuestas, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

9. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte actora, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto.

Por lo anterior, y al tenor del numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, correspondiente a un millón trescientos

setenta y un mil, novecientos veintidós mil pesos con sesenta y seis centavos (\$1.371.922.66).

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Confirmar pero por las razones acá expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de noviembre de 2017, dentro del proceso de Repetición cuyo demandante es la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y cuyo demandado es el señor Gonzalo Humberto Villegas Henao.

Segundo: Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia. **Fíjase** como **agencias en derecho** la suma de \$1.371.922.66, correspondiente al 1% de las pretensiones de la demanda.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas

Magistrado

Ausente con permiso

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADA PONENTE: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, doce (12) noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17001 33 39 005 2017 00261 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante:	Luz Marina Becerra León
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 87

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, integrada por la Magistrada PATRICIA VARELA CIFUENTES en calidad de ponente, el Magistrado DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, procede a dictar sentencia por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de noviembre de 2019 proferida por el juez 5º Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“Primera.- Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 193612 del 30 de Junio de 2016 por medio de la cual se reliquidó la Pensión de Jubilación de mi representada pero se desconocieron y negaron la (sic) inclusión de la totalidad de los factores salariales correspondientes al último año de servicios, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Segunda.- Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. VPB 38240 del 04 de octubre de 2016, notificada el día 01 de noviembre de 2016, por medio de la cual resolviendo un recurso de apelación confirmó la Resolución No. GNR 193612 del 30 de Junio de 2016 por medio de las cuales desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes al último año de servicios, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Tercera.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES - COLPENSIONES, le reconozca y ordene pagar su pensión de Jubilación en cuantía de \$1.341.358,44 ML/Cte, efectiva a partir del 01 de mayo de 2014, fecha de retiro definitivo del servicio oficial, asimismo (sic) proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76 y 71/88.

Cuarta.- *Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a la actora una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro definitivo del servicio oficial, o sea \$1.341.358,44 ML/Cte, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a éstas para la forma de liquidación por principio de favorabilidad (...)*

Quinta.- *Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución No. GNR 193612 del 30 de junio de 2016 y VPB 38240 del 4 de octubre de 2016, y la sentencia que dé fin a este proceso, a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio oficial hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: Auxilio de Alimentación, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, Horas Extras, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las Resoluciones mencionadas.*

[...]

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

La demandante prestó sus servicios al Estado en la E.S.E. Hospital San Lorenzo durante más de 20 años, siendo su último cargo el de Auxiliar de Enfermería.

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con más de 35 años de edad y por lo tanto, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, se debe aplicar en su integridad el régimen anterior.

El Instituto de los Seguros Sociales – ISS le reconoció y pagó una pensión de vejez conforme con la Ley 100 de 1993, mediante la Resolución No. GNR 12940 del 16 de enero de 2014, efectiva a partir del año 2014.

Con oficio adiado el 6 de abril de 2016, la demandante le solicitó a Colpensiones la revisión de su pensión de vejez, a fin de que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales. Dicha petición fue parcialmente negada a través de la Resolución No. GNR 193612 del 30 de junio de 2016, tomando como base el Decreto 758 de 1990 y no los factores devengados conforme a la Ley 33 de 1985.

El recurso de apelación interpuesto contra dicho acto administrativo fue resuelto por medio de la Resolución VPB 38240 del 4 de octubre de 2016, nuevamente tomando como base el Decreto 758 de 1990 y no los factores devengados conforme a la Ley 33 de 1985. Esto es, la entidad demandada solamente ha reconocido como factores base de liquidación de su pensión, la asignación básica, sin incluir los demás factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio tales como: Auxilio de Alimentación, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, y Horas Extras.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política de Colombia. Artículo 10 del Código Civil. Ley 57 de 1987. Ley 1437 de 2011, artículo 138. Ley 100 de 1993, artículo 36, inciso 2°. Leyes 33 y 62 de 1985. Ley 4 de 1966, artículo 4. Decreto 1743 de 1966. Decreto 3135 de 1968. Ley 5 de 1969. Ley 71 de 1988.

Aduce la parte demandante que la entidad demandada, al expedir los actos administrativos acusados violó la ley comoquiera que reconoció de manera incompleta sus prestaciones al no incluir los factores salariales que sirvieron de base para la cotización al sistema pensional. Expone que la Ley 62 de 1985 enunció los factores a tener en cuenta en el cálculo del monto de la pensión de jubilación; sin embargo, del análisis del inciso final de la referida norma no puede concluirse que tal enumeración sea taxativa pues en el inciso segundo se admite la existencia de otros factores, lo cual se encuentra acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado que acoge el criterio según el cual, constituye salario todo aquello que se percibe como contraprestación directa por los servicios prestados y con ocasión de la relación laboral. Trae a colación la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de estado con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó:

“Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”,
“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, “improcedencia de

reliquidar la prestación pensional”, “Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, “Prescripción”; “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”, “Buena fe” y “declarables de oficio”.

Indica que, una vez reliquidada la pensión de la parte demandante se evidencia que el régimen más favorable para ella es el previsto en el Decreto 758 de 1990 toda vez que arrojó un IBL de \$1.279.119 al cual se le aplicó la máxima tasa de reemplazo prevista para dicho régimen, esto es, el 90%, dando como resultado un quantum pensional actual de \$1.274.130.

Finalmente, señala que no es procedente la reliquidación de la pensión con lo devengado en el último año de servicios de conformidad con las reglas imperantes en materia de liquidación pensional para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. (fls. 74 – 84, C. 1)

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 19 de noviembre de 2019 mediante la cual resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Buena fe” e “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por la señora **LUZ MARINA BECERRA LEÓN** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**.

TERCERO.- SIN COSTAS [...]”

Como sustento de su decisión el a quo expuso que, la pensión reconocida a la demandante no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una tasa de reemplazo del 75% sobre el ingreso base de liquidación equivalente al promedio de todos los salarios percibidos durante el último año de servicios, comoquiera que ha de aplicarse el promedio cotizado durante los últimos diez años laborados y los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994. (fls. 113 – 119, C. 1)

6. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que en calidad de beneficiaria del régimen de transición tiene

derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la norma anterior, tomando para ello los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicios.

Expuso que la jurisprudencia y la doctrina universal en materia laboral predica en múltiples pronunciamientos que la retroactividad de la jurisprudencia no debe afectar los derechos de los trabajadores, menos aún cuando se trata de derechos adquiridos, los cuales gozan de protección constitucional y legal. Considera que aplicar una sentencia proferida después de presentada la demanda en este caso, es ir en contravía de lo que el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha sentado como precedente y es desconocer los derechos laborales adquiridos por parte de un gran número de ciudadanos. Cuestiona la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que se ha hecho por la vía de la jurisprudencia, pues según dice, ello implica una indebida intromisión en las competencias del legislador, el cual no contempló en dicha norma la aplicación parcial o escisión del régimen anterior. (fls. 121-123, C. 1)

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

6.1. Parte demandante.

Insiste en que Colpensiones debió liquidar la pensión de la demandante con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios en cumplimiento al régimen anterior aplicable, esto es, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año. Señala, además, que la demandante se encuentra sometida a un régimen totalmente diferente a aquel respecto del cual es aplicable la sentencia C-258 de 2013. Tampoco considera procedente que se tome como parámetro para resolver, lo resuelto en la sentencia SU-230 de 2015, pues según dice, en ella se estudia la prestación de un pensionado que ostenta la calidad de trabajador oficial mientras que la aquí demandante tiene la calidad de empleada pública. Tampoco encuentra viable que se dé aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia, dada la improcedencia de aplicar estas decisiones de manera retroactiva. En todo caso, advierte que las pretensiones no deben ser denegadas, pues si bien no se reconoce la reliquidación con todos los factores devengados en el último año de servicio, sí se puede ordenar reliquidar la prestación con los factores devengados en los últimos diez años o lo devengado en toda la historia laboral, con lo que se puede resarcir en parte el derecho de la parte actora. De otro lado, considera que los descuentos para el sistema de salud sobre los factores que se ordenen reliquidar, deben corresponder al último año de servicios y no a toda la vida laboral de la trabajadora; en todo caso, si se llegare a ordenar esto último, solicita se

dé aplicación al término de prescripción de la acción cobro, previsto en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Finalmente, solicita de manera enfática que se tenga en cuenta el principio de favorabilidad para el trabajador, entendiendo por tanto que el derecho que le llegare a reconocer no puede ser menor a lo ya percibido por la demandante, es decir, se especifique en la providencia que los efectos de la misma se deben entender por el mayor valor o en lo más favorable a fin de no desmejorar las condiciones de la actora. (fls. 7 – 17, C. 1)

6.2. Parte demandada.

Guardó silencio.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, quien acreditó los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el Decreto 758 del mismo año, procediendo a aplicar una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL de los últimos diez años.

1. Problemas Jurídicos.

1.1 ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?

1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que **“Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...”** /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...”

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...” /Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Luz Marina Becerra León, al treinta (30) de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 31 de julio de 1958 /fl. 58 cdno. 1/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º señala:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que

¹ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

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.” /Resalta la Sala/

En el expediente administrativo allegado al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios al Estado durante más de 20 años, en calidad de empleada pública.

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 33/85.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el sub lite, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 33 de 1985. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

La citada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en sus artículos 1º y 3º previó:

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

(...)

***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 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 jornada 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”-/Resalta la Sala/.

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal ha venido interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que “*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*” serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también ha sostenido que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto², y que se complementa con la definición de salario trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den*”³.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁴ en lo pregonado en la

² Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁵, por cuyo ministerio:

“(…) Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar 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...”. /Resalta la Sala/.

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁶, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁷, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁶ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

⁷ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderse sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisonal de la jurisdicción ordinaria.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁸, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

“(…) 10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, **está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación**. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso” /Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018⁹, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

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

(...)

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

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

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

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

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

*“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
g) La bonificación por servicios prestados”.*

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto a los argumentos de la parte recurrente en cuanto al precedente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, es menester indicar que dicha posición estuvo vigente en cuanto a la interpretación de la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, la cual luego fue reevaluada el 28 de agosto de 2018 a raíz de los distintos pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Constitucional sobre las reglas de aplicación en la liquidación pensional, por lo que esta sentencia constituye de obligatorio acatamiento, ello teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, al paso que la Corte Constitucional, al ser el órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el deber de unificar la jurisprudencia, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985, no lo será con todos los factores devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en el sub examine fue liquidada la pensión de la demandante de conformidad con el régimen anterior previsto en el Decreto 758 de 1990, en virtud del cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 90% sobre el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, tal y como expresamente se indica en la Resolución VPB 38240 del 4 de octubre de 2016, a folio 55 Vltto del cuaderno 1.

La pensión de vejez, tal y como fue reconocida por la entidad accionada, resulta más favorable para la señora Becerra León pues de haber sido tenida en cuenta la Ley 33 de 1985, la tasa de reemplazo hubiese sido del 75% sobre un IBL calculado con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Así mismo, se hace necesario precisar que tanto en sede administrativa como en sede judicial, la parte demandante ha solicitado la reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicio anterior al retiro; pero al presentar los alegatos de conclusión en segunda instancia hace una nueva solicitud consistente en que, en caso de que no se reconozca la reliquidación con todos los factores devengados en el último año de servicio, se ordene reliquidar la prestación con los factores devengados en los últimos diez años o lo devengado en toda la historia laboral.

Al respecto la Sala considera que ese petitum no puede ser abordado de fondo en este proceso, pues en primer lugar, ello no fue materia de reclamo ante la administración en su debido momento y no puede ahora sorprenderse con una orden de reliquidación en tal sentido. En segundo lugar y de la mano de lo anterior, no existe un acto administrativo que haya negado la reliquidación de la pensión con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años; de hecho, los actos enjuiciados se limitan a negar el reajuste con lo percibido en el último año. En gracia de discusión, esa pretensión tampoco fue planteada como subsidiaria en la demanda, de manera que no resulta procedente un pronunciamiento sobre ésta so pena de vulnerar el derecho al debido proceso y contradicción que le asiste a Colpensiones.

En conclusión, se confirmará la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales en el proceso de la referencia.

5. Condena en costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala 2ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Luz Marina Becerra León contra Colpensiones.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Cuarto: En firme la sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en la Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala 2ª Oral de Decisión,

Magistrada Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas

Magistrado

Ausente con permiso

17001-23-33-000-2017-00308-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 331

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 179 a 187 cdno. 1/, contra la sentencia con la cual esta negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **GILDARDO MOSQUERA VARGAS** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2017-00596-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 332

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 148 a 156 C.1/, contra la sentencia que negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ARLES DE JESÚS CASTAÑO GRAJALES** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2018-00141-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 333

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 157 a 165 C.1/, contra la sentencia que negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **CÉSAR FREDDY QUINTERO OSORIO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado.	17-001-33-39-005-2018-00156-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Martha Ligia González Meza
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 85

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y 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, solicita lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado con la petición del 05 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague de manera retroactiva el reajuste de la pensión de jubilación desde el momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, es decir desde el año 2012,

tomando como base para el reajuste anual el porcentaje de incremento del SMLMV, cuando este reajuste sea superior al IPC.

4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reliquide la pensión de jubilación de la demandante tomando como base para el aumento anual el porcentaje de incremento del salario mensual legal vigente del año inmediatamente anterior y que no le fueron tomados en cuenta al momento de realizar el reajuste anual de su pensión de jubilación, cuando este reajuste sea superior al IPC.
5. Que se ordene a la demandada pagar la diferencia entre lo pagado y lo que se le ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 2012.
6. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
7. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1º de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995

reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones [...].

SEGUNDO: SIN COSTAS [...].”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiéndose así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 50 – 55, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión, hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con

anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1º de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 58 – 73, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Guardaron silencio.

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico.

- 1.1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2. Acervo probatorio.

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Martha Ligia González Meza obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 572 del 10 de septiembre de 2012 por parte del FNPSM (fls.17-18, C. 1) y mediante petición del 5 de octubre de 2017 solicitó el ajuste de la pensión conforme al incremento del SMLMV y comoquiera que no hubo respuesta expresa de la demandada, se configuró un acto ficto o presunto que es materia de enjuiciamiento a través de este medio de control. (fls. 22-25, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

3.1. Régimen General de Seguridad Social.

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

A su vez, el artículo 53 de la Constitución Política, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

Ahora bien, el artículo 1º de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

² Ley 4 de 1976, “*Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.*” <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º, lo siguiente:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

*“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, **según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.**”-sft-*

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho***

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

“ ...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, **pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.**

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos;

y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores económicas y políticas.

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994. [...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.”

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, **esta norma quedó derogada por aquella**, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal

mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”**

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.”**

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Negrillas de la Sala/

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según lo dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en segunda instancia.

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 6 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Martha Ligia González Meza contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas

Magistrado

Ausente con permiso

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-23-33-000-2018-00173-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 334

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 175 a 183 C.1/, contra la sentencia que negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **MANUEL ANTONIO YEPES LÓPEZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2018-00225-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 335

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 166 a 176 C.1/, contra la sentencia que negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARÍA MELVA RAMÍREZ DE BLANDÓN** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2018-00234-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 336

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 163 a 171 C.1/, contra la sentencia que negó las pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ROSALBA BERMÚDEZ SALAZAR** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a circular blue stamp or seal.

AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2018-00237-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 329

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 173 a 181 C.1/, contra la sentencia que negó las pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **TERESA DE JESÚS POSADA DE LONDOÑO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2018-00266-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, doce (12) de NOVIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 330

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / fls. 163 a 171 C.1/, contra la sentencia que negó las pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **IRMA YANETH GONZÁLEZ RAMÍREZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-001-2018-00373-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Martha Lucía Libreros Morales
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 86

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y 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, solicita:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3292-6 del 27 de MAYO de 2014, suscrita por el Doctor (a): **MARIA ARACELLY LOPEZ GIL SECRETARIA DE EDUCACIÓN, CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN PRESTACIONES SOCIALES Y LUZ DARY CALVO MEJÍA PROFESIONAL ESPECIALIZADA EN UNIDAD ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA**, en cuanto me reconoció y/o reliquidó la **PENSION DE JUBILACION** y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo de mi cargo docente.*

*2. Declarar que tengo derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, me reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **30 de DICIEMBRE de 2013**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 30 de DICIEMBRE de 2013, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectuó mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.**
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 91 de 1989 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reliquidada la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica y sobresueldo de rector. Y estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de vacaciones, navidad y alimentación especial devengada en el último año, comoquiera que éstas no se encuentran taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y han de servir de base para la liquidación de la pensión de vejez. (fls. 146 – 160, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 162-169, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido

en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 8 – 12, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que “... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

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

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto,

¹ SU-406/16.

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de

su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

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

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

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el parágrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del

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

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

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

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora Martha Lucía Libreros Morales le fue reliquidada la pensión de vejez con base en el sueldo mensual y sobresueldo rector, sin inclusión de otros factores salariales. (fl. 18, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de navidad, vacaciones y alimentación especial, devengadas conforme se acredita con el certificado de salarios visible a folio 131 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se

reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

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

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

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

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

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

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados*

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

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante, dado que los factores cuya inclusión solicita en la demanda (Prima de servicios) se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la demanda se presentó en vigencia de otra tesis jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Martha Lucía Libreros Morales** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

Magistrada Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas

Magistrado

Ausente con permiso

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 12 de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-004-2019-00081-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Lucena Granada de Castaño
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 88

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y 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, solicita:

“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 217 del 24 DE MARZO DE 2017, suscrita por el Doctor (a): JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y LA SEÑORA LILIANA PIEDRAHITA MERCHAN COORDINADORA DE PRESTACIONES SOCIALES Y LA SEÑORA LUISA FERNANDA URREA BUITRAGO PROFESIONAL ESPECIALIZADO, en cuanto le reliquidó la PENSION DE JUBILACION a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo de mi cargo docente.

“2. Declarar la nulidad parcial de la resolución No. 050 del 14 DE ENERO DE 2019 suscrita por el Doctor (a): JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y LA SEÑORA LILIANA PIEDRAHITA MERCHAN COORDINADORA DE PRESTACIONES SOCIALES Y LA SEÑORA LUISA FERNANDA URREA BUITRAGO PROFESIONAL ESPECIALIZADO, en cuanto ajusta la reliquidación de la pensión de jubilación.

3. Declarar que tengo derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO, me reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **31 de DICIEMBRE de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **31 de DICIEMBRE de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y como medios exceptivos planteó los siguientes:

“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad” en tanto los actos administrativo cuya nulidad de depreca fueron expedidos con sustento en las normas vigentes y teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hizo la cotización.

“Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico” comoquiera que los factores base de liquidación pensional son aquellos señalados en la ley a tono con la jurisprudencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

“Cobro de lo no debido” y para ello relaciona los factores a incluir en el IBL, de conformidad con lo previsto en la Ley 62 de 1985.

“Buena fe” y “Excepción genérica”

(fls. 33-37, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 91 de 1989 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reliquidada la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones y bonificación. Y estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios comoquiera que ésta no se encuentra taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. (fls. 54 Vltto – 59, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que

estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 67-74, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 17 – 21, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

7.3. Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Estima que de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2019, la liquidación de la pensión de vejez de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 – que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 – debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se haya hecho la respectiva cotización de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto no se puede incluir ningún otro factor diferente de los enlistados en dicho artículo. (fls. 4-11, C. 2)

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley

¹ SU-406/16.

812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

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

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...].»

a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

*“**Pensión de jubilación o vejez.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

*“**Derecho a la pensión.** Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”*

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

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

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

(...)

Parágrafo 2. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. Maria Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación

el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

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

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

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

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

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora Lucena Granada de Castaño le fue reliquidada la pensión de vejez con base en el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación mensual, sin inclusión de otros factores salariales. (fl. 22, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de servicios devengada conforme se acredita con el comprobante de pago visible a folio 24 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de

jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

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

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

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

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

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

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante, dado que los factores cuya inclusión solicita en la demanda (Prima de servicios) se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la decisión obedece a cambio de la postura jurisprudencial aplicable.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 13 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Lucena Granada de Castaño** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas

Magistrado

Ausente con permiso

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO No.	17-001-33-33-004-2018-00016-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ÁLVARO MOLINA LARRAHONDO
ACCIONADO	LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL ¹

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Pretende la parte actora:

1. Que se declare la nulidad de los oficios nro. 10633/GAG-SDP del 23 de mayo de 2016 y nro. 11432/GAG-SDP de septiembre 5 de 2008, por medio de los cuales la entidad demandada negó al actor el incremento de la prima de actividad, que es una de las asignaciones básicas computables en la asignación de retiro que devenga así: 25% que le fue reconocida desde que percibió la pensión al 33% a partir del 1° de enero de 2005 al 30 de junio de 2007, dando aplicación al Decreto 4433 de 2004, incrementándola en un 8% más.

A partir del 1° de julio de 2007, la entidad reajustó el 50% de lo que estaba devengando (25%), lo que es igual al 12.5%, cuando debió realizar el reajuste en el 16.5% dando aplicación al inciso 1° del artículo 2 y el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, quedando insoluto el 4% más.

¹ En adelante CASUR

2. Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho, solicita condenar a CASUR a expedir un nuevo acto administrativo por medio del cual reajuste la prima de actividad que hace parte de su prestación periódica en el 8%, desde el 1° de enero de 2005 al 30 de junio de 2007, dando aplicación al Decreto 4433 de 2004, y en 4% más a partir del 1° de julio de 2007, en adelante, en aplicación del inciso 1° del artículo 2 y el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, y la reliquidación de la prestación a partir del 1° de enero de 2005 en adelante.

3. Al pago de las sumas dejadas de percibir resultante entre la diferencia del pago realizado por la demandada frente a la nueva liquidación, desde el 1° de enero de 2005 a la fecha en que sea incluido en nómina.

4. Las sumas que sea obligada la demandada a pagar al demandante sean actualizadas tomando como base el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y al reconocimiento de los intereses a que hubiere lugar en los términos de los artículos 187 y 195-4 del CPACA.

HECHOS

1. El demandante devenga asignación mensual de retiro por parte de CASUR con anterioridad al año 2004.

2. Mediante el Decreto 4433 de 2004 se incrementó el porcentaje de la partida básica de prima de actividad computable para las asignaciones mensuales de retiro y pensiones del personal activo y retirado de la Policía Nacional, siendo beneficiario el actor.

3. De manera posterior, se expidió el Decreto 2863 de 2007, que en sus artículos 2 y 4 realizó otro reajuste a la partida básica de prima de actividad en el 50% al personal activo, haciéndolo extensivo al que devengara asignación de retiro con anterioridad al año 2004.

4. El demandante solicitó el reajuste a la partida básica de prima de actividad, la cual le fue negada mediante el acto administrativo que se demanda.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró vulnerados los artículos 2, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículo 153 del Decreto 2062 de 1984; artículo 3 numeral 3.13 de la Ley 923 de 2004; artículos 23

y 42 del Decreto 4433 de 2004; inciso 1 del artículo 2 y artículo 4 del Decreto 2863 de 2007; artículo 137 del CPACA.

Comenzó por exponer que, el Decreto 2062 de 1984 reguló para el personal de oficiales y suboficiales en servicio activo como partida computable en su salario el 33% de prima de actividad; y a su turno el artículo 141 la incluyó como partida computable en la asignación de retiro, estableciendo los porcentajes en el artículo 142, en el cual se ordenó descontar un porcentaje de la percibida en servicio activo. Como en este caso el demandante había laborado 23 años, 11 meses y 15 días, en el acto administrativo que le otorgó la asignación de retiro se estableció que esta sería del 82% de las partidas básicas, entre ellas, la prima de actividad en un 25%, es decir, se le descontó el 8%.

Que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 23 estableció las partidas computables para la asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales en servicio activo, e incluyó dentro de ellas la prima de actividad; y en virtud de esta norma, a partir del 31 de diciembre de 2004, al personal mencionado que percibiera asignación mensual de retiro se les reconoció el 33% de la prima de actividad como partida computable, esto es, el mismo porcentaje que devengaba en servicio activo.

Destacó que el Decreto 2062 de 1984, en su artículo 153, ordenó que las partidas consignadas en el artículo 141 y reconocidas en la asignación de retiro del actor fueran oscilantes en todo tiempo con las modificaciones que se introdujeran a los porcentajes del personal activo, y como se advirtió, la prima de actividad es una de ellas, por lo que la entidad debió reajustar la misma en un 33% al tenor del Decreto 4433 de 2004; es decir, de forma oficiosa debió aumentarla en un 8% para igualarla el 33% a partir del 1° de enero de 2005 hasta el 30 de junio de 2007.

Para fundamentar la interpretación que debe dársele al principio de oscilación, procedió a reseñar jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, para indicar que la misma es clara en señalar que a las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas al personal retirado con anterioridad al año 2004, se les debe computar el mismo porcentaje que se decretó en la partida base de la prima de actividad a las asignaciones de retiro y pensiones de los oficiales y suboficiales en servicio activo.

Seguidamente, indicó que se expidió el Decreto 2863 de 2007, que incrementó en un 50% a partir del 1 de julio de 2007 el porcentaje de la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990,

lo que significa que como al factor base de la prima de actividad del 33%, por mandato del artículo 2 del Decreto 2863, se le debe adicionar el 50% más, esto es, el 16.5%, quedando el porcentaje de la partida base de la prima de actividad en el 49.5% a partir del °1 de julio de 2007.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada en relación con los hechos, sostuvo que unos eran ciertos, otros lo eran parcialmente, y otros no eran verdaderos, sobre las pretensiones señaló oponerse a la prosperidad de las mismas; y seguidamente indicó, Como razones de defensa, que al demandante se le reajustó la asignación de retiro por la partida computable prima de actividad, la cual en virtud del Decreto 2863 de 2007 se le está cancelando en un 37.5% con retroactividad al 1° de julio de 2007, por lo que no se le adeuda valor alguno por este concepto, que sería lo correspondiente al 50% que debía incrementarse.

Destacó en relación con la aplicación del Decreto 4433 de 2004, artículo 23, y el Decreto 2863 de 2007, en virtud de los principios de favorabilidad, igualdad y oscilación, que la pretensión es improcedente, ya que las asignaciones de retiro se rigen por las normas vigentes al momento del retiro del servicio, y en tal sentido no puede pretenderse la aplicación retroactiva del decreto del año 2004.

Citó sentencias de este Tribunal relacionadas con este tema.

Propuso las excepciones de:

-Inexistencia del derecho: el retiro y la adquisición de los derechos pensionales se produjeron bajo la vigencia del Decreto 2062 de 1984; por lo tanto, al demandante no le asiste derecho a reclamar el porcentaje o factores de asignación de retiro conforme al Decreto 2863 de 2007, más cuando esta norma no incrementó el porcentaje de la prima de actividad para el personal que ya gozaba de la asignación de retiro.

- Inepta demanda por improcedencia de la acción incoada: si el actor no estaba de acuerdo con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, como el 2863 de 2007, debió presentar demanda de nulidad.

- En el evento en que el despacho acceda a las pretensiones se debe tener en cuenta que está creando un derecho en contra del principio constitucional de irretroactividad de la norma:

conceder el reajuste a la prima de actividad a personas que ya se les definió su situación jurídica pensional es ir en contravía de la irretroactividad de la ley.

- **Irretroactividad de la ley:** la asignación de retiro fue reconocida a partir del 8 de septiembre de 1988, con un porcentaje del 25% de la prima de actividad con base en el Decreto 2062 de 1984, es decir, antes de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007, por lo tanto, no es posible acceder a las pretensiones del actor.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021, declaró configurada la cosa juzgada parcial frente a la pretensión de nulidad del oficio 11432 del 5 de septiembre de 2008 en relación con el reajuste de la prima de actividad con base en el Decreto 4433 de 2004; y negó las pretensiones de la demanda frente al reajuste de la asignación de retiro con la prima de actividad en los términos del Decreto 2863 de 2007.

En primer momento, y como cuestión previa, procedió a determinar si se presentaba cosa juzgada, en atención a la existencia de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el actor que cursó en el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, en el cual pretendió la nulidad del oficio 11432/GAC SDP del 5 de septiembre de 2008.

Luego de revisar los requisitos de identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa, consideró que se configuraba una cosa juzgada parcial en relación con la pretensión de nulidad del acto administrativo oficio 11432 del 5 de septiembre de 2008, que resolvió el reajuste de la asignación de retiro en aplicación del Decreto 4433 de 2004.

Sin embargo, como había otra pretensión relacionada con el reajuste de la prima de actividad del 33% al 49.5% en aplicación del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, sobre la cual no evidenció pronunciamiento en el trámite judicial anterior, procedió a plantear como problema jurídico determinar, si era procedente aplicar el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de actividad de conformidad con el porcentaje establecido en el citado decreto, teniendo en cuenta que al actor se le reconoció la prestación antes de su entrada en vigencia.

Para desatar el problema jurídico, hace alusión a la normativa que regulaba la prima de actividad para la época en que el actor adquirió la asignación de retiro, año 1988, y para los años posteriores, como el Decreto 2062 de 1984, el Decreto 096 de 1989, Decreto 1212 de 1990, la Ley 797 de 2003, la ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004; así como jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al principio de oscilación.

Al descender al caso concreto, sostuvo que el demandante no tenía derecho a que se le incrementara la prima de actividad en un 33% para luego ser incrementada en un 50%, es decir, un 16.5% de más, para así quedar reajustada en un 49,5%, por cuanto no acreditó 30 años o más en servicio activo para darle aplicación al artículo 142 del Decreto 2062 de 1984; y, además, porque esa no era la interpretación que debía dársele al Decreto 2863 de 2007.

En consecuencia, consideró que la parte demandante no tenía derecho a la reliquidación de su asignación de retiro debido a que la prima de actividad se debía computar en un 37.5%, tal y como lo efectuó la demandada.

Se plasmó en la parte resolutive del fallo lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que se configura una cosa juzgada parcial, en lo que respecta a la pretensión de nulidad del oficio 11432 GAG SDP del 5 de septiembre de 2008 y que resolvía solicitud de reajuste de la asignación de retiro frente a la prima de actividad en aplicación del Decreto 4433 de 2004, como se expuso en el acápite de cuestión previa.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por CASUR, frente a la pretensión del reajuste de la asignación respecto a la prima de actividad en virtud del Decreto 2863 de 2007.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, instauró el señor ALVARO MOLINA LARRAHONDO, en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte accionante, cuya liquidación se hará por la Secretaría del despacho según las consideraciones expuestas en la parte motiva.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la providencia de primera instancia, indicando que devenga la

asignación mensual de retiro con anterioridad al año 2004, y que mediante el Decreto 4433 de ese año se incrementó el porcentaje de la partida básica de la prima de actividad computable en las asignaciones de retiro, siendo beneficiario el actor.

Que de manera posterior se expidió el Decreto 2863 de 2007, que realizó otro reajuste a la partida básica de prima de actividad en el 50% al personal activo, haciéndose extensivo al retirado y con asignación de retiro con anterioridad al año 2004.

Resaltó que el estrado judicial fue consciente que la entidad en la respuesta dada al derecho de petición del actor remitió al oficio 11432/GAG-SDP del 5 de septiembre de 2008, y que las pretensiones difieren con la presente demanda porque en esta sí se estableció el porcentaje debido, por lo que la entidad habilitó otra vez el oficio comentado y por esa razón debía ser demandado, pero en irónica contradicción se declaró la cosa juzgada.

Tras reseñar lo resuelto en el fallo de primera instancia, sostuvo que con la demanda se aportaron sentencias relativas al principio de oscilación, su verdadero alcance y la forma de aplicarlo, las cuales por ser de Sala Plena se consideran de unificación por mandato del artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 270 del CPACA.

Añadió que el operador de justicia no se enteró que en la demanda se solicitó que en el evento de presentarse la existencia de dos posiciones contrarias pero razonables frente a la aplicación del principio o sistema de oscilación, se debía acudir a la más favorable al trabajador, al tenor del artículo 53 de la Constitución Política.

Citó la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, para indicar que el mismo derogó el Decreto 1212 de 1990, y que por esta razón la entidad demandada a partir del 1° de enero de 2005, computó en las asignaciones de retiro el mismo porcentaje de prima de actividad que el oficial o suboficial estaba recibiendo en servicio activo, sin consideración al tiempo de servicios, y para ello citó varios casos a modo de ejemplo.

Que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 desmontó el recorte del 13% que se realizaba a la prima de actividad del personal que había laborado 15 y menos de 20 años de servicios y percibía asignación de retiro o pensión; y este porcentaje se le aumentó a la prima de actividad del personal con el mismo tiempo de servicios que comenzó a devengar asignación de retiro y pensión a partir del 1° de enero de 2005, a quienes se les computó el mismo porcentaje de prima de actividad que percibían en el servicio activo, esto es, el 33%, y esa es

la razón por la que el actor tiene derecho a que se le dé aplicación al principio o sistema de oscilación y se le reajuste la partida base de la prima de actividad del 25% que percibe al 33%.

Sobre el reajuste de la prima de actividad con el inciso primero del artículo 2 y el artículo 4 del Decreto 2863 2007, señaló que esta norma ordenó incrementar en el 50% la prima de actividad del personal activo, entonces se presenta un aumento del 16.5%, quedando en el 49.5% del salario básico para el personal de oficiales y suboficiales en actividad.

Para mayor ilustración, relacionó la hoja de servicios y la resolución de asignación de retiro de un suboficial y un oficial retirados en vigencia del Decreto 4433 de 2004, para determinar la forma de calcular el porcentaje de la prima de actividad.

Manifestó que el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 ordenó reajustar la prima de actividad en el 50%, más el 33% de la prima de actividad establecida en el artículo 68 del Decreto 1212 de 1990, lo que se tradujo en un 16.5% de reajuste; luego el artículo 4 del misma norma dando aplicación al sistema o principio de oscilación, ordenó que ese mismo porcentaje se hiciera extensivo a la partida prima de actividad que hace parte de la asignación mensual de retiro, pero la entidad solo computo el 10% quedando pendiente el 6.5% más.

Añadió que le corresponde al Tribunal Administrativo dar aplicación del artículo 4° de la Carta Política y declarar la excepción de inconstitucionalidad, para este caso en particular, del inciso segundo del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, y aplicar el inciso primero de dicho artículo en concordancia con el artículo 4° del mentado decreto, toda vez que el Ejecutivo no tiene competencia para establecer menor porcentaje a reconocerse por el sistema o principio de oscilación, cuando dicho sistema o principio ordena que el mismo porcentaje que se reconoció al personal activo de las fuerzas debe reflejarse en el personal retirado.

En relación con las costas, adujo que el *a quo* se contradijo al momento de imponerlas, al afirmar que para condenarse debe tenerse en cuenta su causación, pero al final las presumió en relación con las agencias en derecho, por lo que en este caso no se tiene certeza para imponerlas; máxime cuando tampoco se consideró que el demandante es pensionado y vive de su mesada, por lo que una condena de este tipo afectaría su mínimo vital.

En tal sentido, solicitó revocar esta condena, y abstenerse de condenar en costas de segunda instancia en el evento que el recurso se resuelva de manera desfavorable.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Cuestión previa

La parte demandante en el recurso de apelación solicitó que se dé aplicación al artículo 4° de la Carta Política y se declare la excepción de inconstitucionalidad, para este caso en particular, del inciso segundo del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, y aplicar el inciso 1° de dicho artículo, en concordancia con el artículo 4° del mentado decreto.

Al respecto, es necesario resaltar que el recurso de apelación no se convierte en una oportunidad para plantear nuevas pretensiones, y al revisar la demanda, se advierte que en ella nunca se solicitó inaplicar por inconstitucional el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007. Por ello, en esta instancia no se planteará ningún problema jurídico atinente a este tema.

Problemas jurídicos

1. ¿Se configuró el fenómeno jurídico de cosa juzgada en relación con la pretensión relativa a declarar la nulidad del oficio 11432 GAG SDP del 5 de septiembre de 2008 y reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro conforme al Decreto 4433 de 2004?
2. ¿Es procedente reliquidar la asignación de retiro que devenga el accionante como personal retirado de la Policía Nacional, para incrementar el porcentaje de la prima de actividad en un 49.5% al tenor de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007?
3. ¿ Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante, en primera instancia?

Lo probado en el proceso

- De conformidad con la hoja de servicios, el actor prestó servicios por espacio de 23 años, 11 meses y 15 días.
- Por Resolución nro. 3495 del 8 de septiembre de 1988, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2062 de 1984, CASUR ordenó el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro a favor del señor Álvaro Molina Larrahondo en cuantía equivalente al 82% del sueldo básico de actividad correspondiente a su grado y partidas legalmente computables, a partir del 6 de mayo de 1988.
- Según la hoja de liquidación de la asignación de retiro, la partida computable prima de actividad se incluyó en la asignación de retiro en un porcentaje del 25%.
- El demandante elevó solicitud a CASUR tendiente a obtener el reajuste de su asignación de retiro del 25% al 33% desde el 1° de enero de 2005 al 30 de junio de 2007, en aplicación del Decreto 4433 de 2004; y del 33% al 49.5% en aplicación del Decreto 2863 de 2007. Y como consecuencia de ello, reliquidar la asignación mensual de retiro por concepto de aumento de la prima de actividad en el 12%, y pagar las diferencias resultantes entre lo cancelado y la nueva liquidación, a partir del 1° de julio de 2007.
- Mediante oficio 10633/GAG SDP del 23 de mayo de 2016 se resolvió el derecho de petición mencionado; y en respuesta se indicó, con fundamento en el artículo 19 de la Ley 1437 de 2011, que revisado el expediente se constató que la entidad mediante oficio nro. 11432 del 5 de septiembre de 2008 atendió de fondo la solicitud de reajuste de la asignación mensual de retiro por concepto de prima de actividad; y por ello no se adeudaba valor alguno al demandante, y tampoco era procedente resolver de manera favorable su solicitud.
- El oficio nro. 11432/GAG SDP del 5 de septiembre de 2008, que dio respuesta a una petición presentada por el demandante año atrás, explicó que no era procedente la aplicación del Decreto 4433 de 2004, ya que el mismo había comenzado a regir a partir del 31 de diciembre de 2004, por lo que no era aplicable al caso del actor. Y en relación con el Decreto 2863 de 2007, manifestó que se había reliquidado el porcentaje de la prima de actividad al personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, y que para el caso del personal que tuviera entre 20 hasta 24 años de servicio, el reajuste del 50% a partir del 1 de julio de 2007 era del 37.5%, por lo que no era procedente otra reliquidación.

Solución al primer problema jurídico

¿Se configuró el fenómeno jurídico de cosa juzgada en relación con la pretensión relativa a declarar la nulidad del oficio 11432 GAG SDP del 5 de septiembre de 2008 y reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro conforme al Decreto 4433 de 2004?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se configuró la cosa juzgada parcial, al presentarse identidad de objeto, identidad de causa e identidad de sujetos entre este proceso y el de nulidad y restablecimiento con radicado 17-001-33-31-009-2012-00114-00 en lo relativo al reajuste de la prima de actividad en la asignación de retiro con fundamento en el Decreto 4433 de 2004.

En la sentencia de primera instancia se declaró probada la excepción de cosa juzgada parcial en relación con la pretensión de nulidad del oficio 11432 GAG SDP del 5 de septiembre de 2008 en lo relativo al reajuste de la asignación de retiro en aplicación del Decreto 4433 de 2004.

Frente a esta decisión, acusa de un error del *a quo* al considerar que hubo cosa juzgada, la Sala por su parte considera que:

En el trámite de primera instancia se allegó prueba de que el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en el año 2012 contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la cual tenía como finalidad que se declarará la nulidad del oficio 11432/GAC SDP de 5 de septiembre de 2008, por el cual se negó al actor el reajuste de la asignación de retiro que devengaba con la inclusión de la prima de actividad establecida en el Decreto 4433 de 2004. Y como consecuencia de ello, se condenara a la demandada reconocer y pagar el reajuste de asignación mensual de retiro con la inclusión de la prima de actividad establecida en el mencionado decreto desde el 10 de enero de 2005, fecha en que se hizo exigible hasta que se pusiera fin al proceso, y en adelante mientras existiera la prestación.

Este proceso, se identificó con el radicado 17-001-33-31-009-2012-00114-00, y en él se dictó fallo el día 25 de noviembre de 2013 por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, mediante el cual se negaron pretensiones.

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal, que otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias el carácter de inmutables, vinculantes y

definitivas. Esta figura opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa *petendi* planteada en proceso posterior. Y en tal sentido, esta figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica.

Para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, según la ley y la jurisprudencia, es necesario que concurran unos requisitos, identidad de objeto, identidad de partes, e identidad de causa; elementos que el Consejo de Estado ha definido de la siguiente manera en providencia de la Sección Segunda – Subsección B del 23 de octubre de 2020, radicado 25000-23-42-000-2016-02645-01(1081-19):

Sobre este fenómeno de la cosa juzgada, el Consejo de Estado² precisó:

Para que asistan simultáneamente aquellos tres elementos considera la Corte que al proceso a) deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada; b) debe existir identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Pero que cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa; y c) la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Al descender al presente caso, esta Sala llega a la misma conclusión de la *a quo*, y es que se configuró la cosa juzgada parcial en relación con la pretensión de reajuste de la asignación de retiro para incluir la prima de actividad en un porcentaje superior según lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

Ello, porque cuando se revisan los 3 requisitos mencionados se encuentra lo siguiente:

² Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso, sentencia de primero (1°) de agosto de dos mil trece (2013), expediente 11001-03-15-000-2013-01171-00.

- **Identidad de partes:** tanto en el presente proceso como en el identificado con el radicado 2012-00114 el demandante es el señor Álvaro Molina Larrahondo y la demandada es la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

- **Identidad de objeto:** en ambos procesos se pretende la nulidad del oficio 11432/GAC SDP de 5 de septiembre de 2008, por el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó al actor el reajuste de la asignación de retiro que devenga para incluir en ella la prima de actividad reajustada de conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004; y que, como consecuencia de ello, se reliquide la prestación periódica.

- **Identidad de causa:** la cual se relacionada con el porqué del litigio, esto es, que el motivo o razón que sustenta la primera demanda se invoque nuevamente en la segunda; y para este caso se observa que en el proceso con radicado 2012-00114 se adujo que al demandante le fue reconocida asignación de retiro, y que mediante el Decreto 4433 de 2004 se modificó el porcentaje de la prima de actividad, siendo el demandante beneficiario de esta norma; supuestos fáctico y normativo que de manera similar se reproduce también en los fundamentos de esta demanda, con la única diferencia que en el proceso primigenio no se indicaron porcentajes en torno a cómo debía incrementarse ese factor salarial, y en este caso se aduce que debe pasar del 25% al 33% a partir del 1º de enero de 2005 y hasta el 30 de junio de 2007, es decir, incrementándola en el 8% más.

Lo sintetizado significa que, en la sentencia de primera instancia se acertó al haber declarado probada de oficio la excepción de cosa juzgada parcial frente a la pretensión de nulidad del oficio 11432/GAC SDP de 5 de septiembre de 2008, en lo relacionado con el reajuste de la prima de actividad en la asignación de retiro con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, pues este tema ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta jurisdicción.

Debe advertirse, que aunque la parte accionante haya elevado nueva reclamación administrativa sobre el mismo tema, y que la entidad demandada haya dado respuesta remitiéndose a otra decisión que ya había proferido sobre el asunto, lo cual es factible al tenor del artículo 19 del CPACA, ello no significa que quede sin efectos lo decidido en sede judicial, ni abre la puerta para que la parte actora pueda acudir nuevamente a la jurisdicción con el fin de obtener nuevo pronunciamiento sobre el mismo tema, máxime cuando no se presentan supuestos fácticos que hayan variado la situación del actor, pues para los fines del fenómeno de la cosa juzgada es indiferente que en un nuevo acto administrativo se reitere la voluntad de la administración, siendo de relevancia únicamente

el objeto del proceso, que para el presente caso, se insiste, recae en el reajuste de la prima de actividad en la asignación de retiro según lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, tema que ya había sido objeto de pronunciamiento vía judicial, y que para el caso del actor fue negado.

Segundo problema jurídico

¿Es procedente reliquidar la asignación de retiro que devenga el accionante como personal retirado de la Policía Nacional, para incrementar el porcentaje de la prima de actividad en un 49.5% al tenor de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el actor no tiene derecho al reajuste de la prima de actividad con base en el Decreto 2863 de 2007 en los términos solicitados en la demanda, ya que la interpretación correcta de la norma en relación con el personal que goza de asignación de retiro, es que el reajuste del 50% se realiza sobre el porcentaje de la prima de actividad reconocido al momento de liquidarse la prestación periódica.

Marco normativo

El Decreto 2062 de 1984, que fue la norma con la que se le reconoció la prestación periódica al actor dispuso en relación con la prima de actividad lo siguiente:

***Artículo 81. Prima de actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que (sic) servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

Y frente a la asignación de retiro consagró:

***Artículo 141. Bases de liquidación.** A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre, las siguientes partidas, así:*

[...]

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

1. Sueldo básico

2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto

3. Prima de antigüedad

4. Prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía en las condiciones indicadas en este estatuto

5. Doceava parte (1/12) de la prima de navidad

6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este decreto

7. Gastos de representación para Oficiales Generales

8. Subsidio familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 82 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

Artículo 142. Cómputo prima de actividad *A los oficiales y suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:*

[...]

- Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%), del sueldo básico." (Subrayado Sala de Decisión).

El demandante según la hoja de servicios tenía 23 años, 11 meses y 15 días de servicio; por ello, la prima de actividad debía ser incluida en su asignación de retiro en un porcentaje del 25%, tal como se hizo.

El Decreto 4433 de 2004, en relación con el principio de oscilación determinó:

Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. *Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Por otro lado, el Decreto 2863 de 2007, cuya aplicación reclama el accionante en la demanda, dispuso un incremento tanto del porcentaje de prima de actividad del personal activo como del personal retirado así:

Artículo 2º. *Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

[...]

Artículo 4º. *En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.

Caso concreto

Para el caso del demandante, la norma que se aplicó para el reconocimiento de la asignación mensual de retiro fue el Decreto 2062 de 1984, disposición que de acuerdo a la transcripción realizada claramente, determinó cuál era el porcentaje de la prima de actividad que debía ser reconocida cuando se está en servicio activo y cuál cuando se

encuentra retirado del mismo, evidenciando que en la primera hipótesis se consagró que la prima de actividad sería del 33%, y en el segundo caso dependería del tiempo de servicios prestados.

Resulta entonces ilógico para la Sala de Decisión pensar que, en el caso específico del actor, por tenerse en cuenta un porcentaje menor de la prima de actividad en la asignación de retiro, que en este caso cambió de un 33% a un 25%, porque así lo consagró la ley que debía ser aplicada, se viole el principio de favorabilidad, por cuanto es clara la disposición que lo rige en atención a su fecha de retiro para el reconocimiento de la prestación periódica, debiéndose recordar que este principio debe emplearse cuando se presenta duda sobre cuál es la norma a la que se debe acudir al momento de resolver un asunto concreto, es decir, cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama gobiernan la solución del mismo, lo cual como se dijo en el *sub lite* no se evidencia.

Ahora, en relación con la aplicación del Decreto 2863 de 2007 para incrementar la prima de actividad en un porcentaje del 49.5% a partir del 1º de julio de ese mismo año, es necesario señalar que el aumento procedente para este caso es el mismo porcentaje en el que se ajustó la prima de actividad para el personal activo, esto es, del 50%; y lo anterior no quiere decir como lo pretende el accionante, que el aumento en la prima de actividad sea sobre el mismo valor devengado por el personal activo.

En efecto, en atención a que el Decreto 2062 de 1984, bajo cuya vigencia se reconoció la asignación de retiro del accionante, contempló la prima de actividad como una partida computable dependiendo del tiempo de servicios prestados, estima la Sala de Decisión que el incremento previsto por el Decreto 2863 de 2007 debe calcularse sobre el porcentaje ya asignado, esto es, si al accionante le fue liquidada la prima de actividad en un 25% por haber prestado servicio entre 20 y 25 años a la Policía Nacional, el incremento del 50% equivaldría a 12.5%, para un total de 37.5%, que es lo que actualmente devenga.

Para el Tribunal no es de recibo la interpretación que pretende darle el actor a la norma por lo siguiente: i) Si bien el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 excluye el tiempo de servicio de la forma de computar el incremento de la prima de actividad tratándose de asignaciones de retiro, lo cierto es que, de un lado, tal disposición no es aplicable al personal retirado y, de otro, la situación pensional del actor se consolidó bajo el imperio del Decreto 2062 de 1984, que reguló las partidas computables y los porcentajes de esta, por lo que no es aplicable la norma de manera retroactiva; ii) El aparte aplicable al

personal oficial retirado está contemplado en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, que establece que el aumento en la prima de actividad es en el mismo porcentaje que el del personal activo, esto es, 50%, más no sobre el mismo valor; y iii) Desde la expedición del Decreto 2062 de 1984 se ha diferenciado el porcentaje según se trate de activos y retirados.

La anterior interpretación ha sido acogida igualmente por el Consejo de Estado, pues en sentencia de tutela del 2 de junio de 2016³ así lo precisó:

De lo expuesto, se advierte que el porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual de tal prestación periódica de conformidad con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, de manera que debe respetarse la legalidad de las normas que rigieron la situación particular del accionante al momento de su retiro del servicio⁴.

[...]

No obstante, la parte actora no logró demostrar que los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales demandadas fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico, pues, en desarrollo de su actividad judicial, no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al sub exámine (sic), en tanto, concluyeron que el porcentaje para efectos de liquidar la prima de actividad como factor computable en la asignación mensual de retiro se determina respecto de lo que venía devengando el retirado, mas no sobre lo que devenguen los miembros en servicio activo que ostenten su mismo grado. (Negrilla fuera de texto).

En tal sentido, se considera que es procedente confirmar la decisión de primera instancia, ya que el reajuste de la asignación de retiro por concepto de la prima de actividad no es factible realizarlo en los términos peticionados en la demanda.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00302-01(AC).

⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A. Radicado número 25000-23-25-000-2008-00106-01(0471-09) de mayo cinco (5) de dos mil once (2011), con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero: "Diferente es que por virtud del principio de oscilación, la asignación se liquide teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 141 de ese Decreto, disposición que establece las bases de liquidación antes mencionadas".

Solución al tercer problema jurídico

¿ Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante, en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso, no se fundamentó la decisión sobre condena en costas, lo que genera una vulneración al derecho de defensa ya que no se conocen los motivos por los cuales se impusieron.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia para condenar en costas se adujo que, en atención al criterio objetivo, ya que no se debía evaluar si las partes actuaron con temeridad o mala fe en el trámite judicial, en este caso se habían causado las costas, por lo menos en lo que tenía que ver con las agencias en derecho, y por ello se condenó de manera parcial a la demandante. Para el efecto, se citó jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la definición de las costas.

Sin embargo, no se citó norma alguna relacionada con estas, ni el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura que establece la tarifa de las agencias en derecho, solo se indicó que la liquidación se haría por la secretaría según las consideraciones realizadas.

En el recurso de apelación adujo la parte actora que en este caso las costas se presumieron, lo cual no es factible pues para su imposición ya que las mismas deben aparecer causadas; aunado a que no se tuvo en cuenta que el accionante es una persona pensionada, y de mantenerse la condena se afectaría su mínimo vital.

Respecto al tema de las costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 dispuso:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las

expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

Y según el artículo reproducido, en la sentencia se debe disponer sobre esta condena según los parámetros que esta norma señala, que incluso con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, implica establecer si la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal o no; disposición que se advierte ya estaba vigente al momento de proferirse la sentencia de primera instancia.

Pese a ello, al condenarse por este rubro en el presente proceso debió consignarse de manera clara las razones por las cuales se imponían las mismas, y en el caso que se considerara que solo era por las agencias en derecho, se tenía que exponer las razones de ello, así como la tarifa procedente según lo establecido en el acuerdo que se expidió para el efecto, pero en este caso brilla por su ausencia esta motivación.

Para esta Sala, una imposición de costas así impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Epítome de lo expuesto, se revocará la providencia de primera instancia en este tópico.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de marzo de 2021 amerita ser confirmada, en tanto el actor no tiene derecho a que se incremente la partida prima de actividad en la asignación de retiro de la manera solicitada en la demanda.

Pero deberá revocarse el ordinal cuarto, relacionado con las costas, por lo brevemente expuesto.

Costas en segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que el fundamento de la revocatoria parcial de la sentencia se deduce de una omisión del juez y no de una actuación de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 18 de marzo de 2021, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ÁLVARO MOLINA LARRAHONDO** contra **LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 11 de noviembre de 2021 conforme Acta nro. 063 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado
(Ausente con permiso)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 206 del 16 de
noviembre de 2021.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO:	17001-33-39-008-2017-00008-02
CLASE:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	MARCELA RAMÍREZ CARVAJAL
ACCIONADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los Magistrados de la Corporación en Sala Plena celebrada el 3 de febrero de 2020 decidimos, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declararnos impedidos dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con los siguiente:

ANTECEDENTES

MARCELA RAMÍREZ CARVAJAL, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de la Resolución n.º DESAJMZR16-1251 del 18 de julio de 2016 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Respetuosamente consideramos que debemos declararnos impedidos para conocer del presente asunto, por cuanto el Régimen de los Magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Rama Judicial por lo que nos asiste un interés indirecto en las resultas del proceso; además de ello se debe tomar en consideración que nuestros subalternos devengan la bonificación judicial y potencialmente pueden ser demandantes. La causal esgrimida se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del CGP:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

17001-33-39-008-2017-00008-02 nulidad y restablecimiento del derecho

Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al Consejo de Estado Sala Plena-, para lo pertinente, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CÚMPLASE

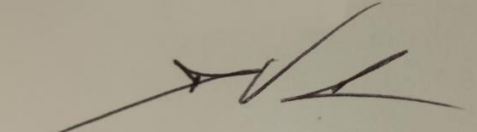
LOS MAGISTRADOS,



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES



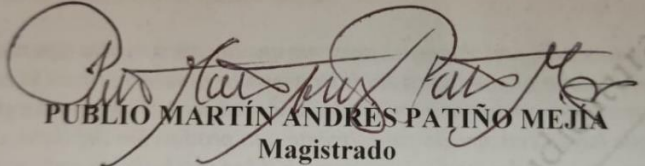
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-39-008-2017-00008-02 nulidad y restablecimiento del derecho

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 206 del 16 de
noviembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Yorly Xiomara Gamboa Castaño
Conjuez Ponente**

S. 030

Asunto: Adición Sentencia
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00423-00
Demandante: Juan Carlos Arias Zuluaga
Demandados: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, doce (12) de noviembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala a adicionar la sentencia de primera instancia, proferida el día 20 de agosto de 2021, dentro de este medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, instaurada por el señor **JUAN CARLOS ARIAS ZULUAGA**, en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

CONSIDERACIONES:

El señor apoderado de la parte accionante expresa que la sentencia proferida en primera instancia omitió pronunciarse sobre actos administrativos los cuales debió anular de acuerdo con el análisis hecho en la parte considerativa, esto es, sobre los actos que a continuación se relacionan: i. Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha, ii. Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación" y iii. Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto. En el escrito presentado señaló:

"Son pretensiones de la presente demanda, entre otras: (...) TERCERO: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos. Respecto a la petición referente al periodo del 2 de febrero de 1998 al 30 de septiembre de 2009: Resolución No. DESAJMZR15-1536 del 7 de diciembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 2 de febrero de 1998 al 30 de septiembre de 2009. Resolución No. DESAJMZR16-21 del 7 de enero de 2016 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación". Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto. Respecto a la petición relativa al periodo de 2009 en adelante: Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha. Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación". Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto.

La sentencia proferida en primera instancia omitió pronunciarse sobre actos administrativos, los cuales debió anular de acuerdo al análisis hecho en la parte considerativa, esto es sobre los Actos que a continuación se relacionan: Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha, Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación" y Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto, pues en el ordinal PRIMERO de la sentencia solo se pronunció de la siguiente forma: 12. FALLA PRIMERO: Declárase la nulidad de los actos administrativos Resoluciones No. DESAJMZR15-1536 del 7 de Diciembre de 2015, "por medio de la cual se resuelve un derecho de petición", No. DESAJMZR16-21 del 7 de Enero de 2016, "por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación", y el acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto, y no se accedió a la reliquidación de prestaciones sociales legales y extralegales, emitidos por las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Manizales y por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Nivel Central.

De acuerdo a lo anterior solicito adicionar la sentencia en el sentido de realizar un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones enfocadas a la declaratoria de nulidad de los siguientes actos: i. Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha, ii. Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación" y iii. Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto."

El Artículo 287 del Código General del Proceso señala:

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

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

"Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término. Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal."

En el ordinal 1º en la parte resolutive de la sentencia proferida el día 20 de agosto de 2021, se estableció: 'Declárase la nulidad de los actos administrativos Resoluciones No DESAJMZR15-1536 del 7 de Diciembre de 2015, "por medio de la cual se resuelve un derecho de petición", No DESAJMZR16-21 del 7 de Enero de 2016, "por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el recurso de apelación", y el acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto, emitidos por las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Manizales y por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Nivel Central".

De acuerdo a lo anterior, le asiste razón a la parte demandante, y por ende, se adicionará la sentencia en los siguientes términos:

"DECLARASE LA NULIDAD de los actos administrativos: Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha, ii. Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación" y iii. Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto.

Conforme a lo anterior, se **RESUELVE:**

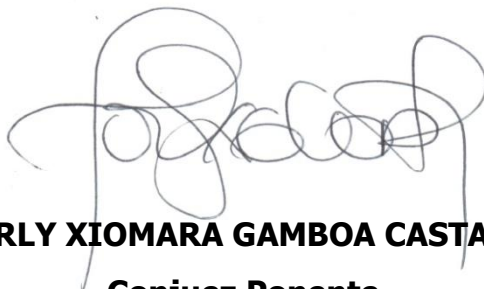
PRIMERO: ADICIONAR la parte considerativa de la sentencia del día 20 de agosto de 2021, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARASE LA NULIDAD de los actos administrativos: Resolución No. DESAJMZR15-1265 del 7 de octubre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Derecho de Petición" correspondiente al periodo del 1 de octubre de 2009 a la fecha, ii. Resolución No. DESAJMZR15-1400 del 3 de noviembre de 2015 "Por medio del cual se resuelve un Recurso de Reposición y se concede un Recurso de Apelación" y iii. Acto ficto que surgió del silencio negativo administrativo frente al recurso de apelación interpuesto.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

Los Conjueces;



YORLY XIOMARA GAMBOA CASTAÑO
Conjuez Ponente



RODRIGO GIRALDO QUINTERO
Conjuez



LILIANA EUGENIA GARCÍA MAYA
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 206 del 16 de Noviembre de 2021.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS', written over a light gray rectangular background.

CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario E