



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO:	No. 54-001-23-33-000-2019-00182-00
ACCIONANTE:	TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Una vez agotado el trámite procesal correspondiente previsto en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, y de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 ídem, procede la Sala en ejercicio de sus competencias legales, a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1.1. SITUACIÓN FÁCTICA.

Que el día 21 de agosto de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial (fls. 162 a 166), mediante la cual se declaró saneado el proceso, se corroboró la ausencia de evidencia respecto a excepciones previas y requisitos de procedibilidad, se invitó a las partes a conciliar y se fijó el litigio, en relación con los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho, concluyéndose, en síntesis, lo siguiente:

- El día 15 de abril de 2013, la sociedad demandante presentó declaración de renta del año gravable 2012, en forma virtual bajo el registro electrónico 91000173982400 en el formulario 1103602043820, acogíendose al beneficio de progresividad del impuesto consagrado en la Ley 1429 de 2010.
- El 18 de marzo de 2015, se inicia formalmente la investigación en contra de la accionante dentro del programa VR 2012 2015 000068.
- El 24 de marzo de 2015, se profirió auto de inspección tributaria 072382015000011.
- El 9 de julio de 2015, se elabora requerimiento especial 072832015000043. Notificado por el portal de la DIAN el 15 de julio de 2015.
- El 16 de octubre de 2015, con radicado 9039, se radicó respuesta al requerimiento especial.
- El 18 de marzo de 2016, se profiere la Liquidación Oficial de Revisión Renta año 2012 072412016000010, notificada el 22 de marzo de 2016.
- El día 23 de marzo de 2016, se interpuso recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión, con radicado 4613.
- Mediante la Resolución 072362017000001 del 22 de marzo de 2017, la división de Gestión Jurídica de la Dirección seccional de impuestos de Cúcuta falló el recurso modificando.

- Este acto administrativo fue notificado mediante edicto número 12, desfijado el 21 de abril de 2017.

1.2. PRETENSIONES.

Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Liquidación Oficial de Revisión Renta año 2012 072412016000010 del 18 de marzo de 2016**, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta (fls. 36 a 54).
- **Resolución 072362017000001 del 22 de marzo de 2017**, por la cual se decide un recurso de reconsideración, confirmando la Liquidación Oficial de Revisión 072412016000010 del 18 de marzo de 2016, expedida por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta (fls. 71 a 94).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

- Se declare que la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, no debe suma de dinero alguna producto de los actos demandados, e igualmente se condene a la entidad demandada a realizar el reintegro de los valores que por cualquier concepto tenga que pagar la sociedad demandante a la DIAN, como consecuencia de la aplicación de los actos demandados, en caso de hacerse efectiva por medios coactivos.
- Que se condene a la entidad demandada a pagar a la sociedad demandante el monto correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano, y de los intereses por las sumas que esa corporación ordene reintegrar, desde el momento de su causación y hasta que se haga su respectivo fallo.
- Que se condene a la entidad demandada en costas del proceso.
- Que se condene a reconocer y pagar el interés comercial sobre las sumas de dineros liquidadas reconocidas en la sentencia durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la misma, y moratorios después de este término.
- Que se ordene a la entidad demanda dar cumplimiento a las sentencias conforme a los establecido en los artículos 176,177 y 178 del C.C.A.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.3.1. DIAN¹.

A través de su apoderado, solicita no estimar las pretensiones de la sociedad demandante, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda, en cuanto a que no proceden los cargos de nulidad invocados por la parte actora, ya que los actos demandados gozan de presunción de legalidad, se encuentran debidamente motivados y en ellos no se avizora ninguna vulneración al debido proceso, específicamente en cuanto al valor probatorio que le dio la administración a cada una de las pruebas arrimadas al proceso en discusión, encontrándose el mismo

¹ Folios 238 a 244 del expediente.

investido de un espíritu notable de equidad y justicia, enmarcado en los preceptos constitucionales que además fueron observados por los funcionarios intervinientes en la investigación adelantada.

Respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos para el beneficio tributario contemplado en la Ley 1429 y Decreto 4910 de 2011, después de explicar por qué la sociedad demandante perdió dicho beneficio, pues revisados los sistemas de información se constató que no allegó la documentación requerida en el plazo de hasta el 31 de marzo de 2012, señala que se le invitó a presentar la corrección de las declaraciones de renta por los años gravables 2012 y 2013, sobre el impuesto de renta el cual debe liquidarse a la tarifa vigente sobre la renta líquida gravable.

Posteriormente, indica que la administración decidió modificar la corrección a la declaración de renta presentada voluntariamente, pero no rechazando beneficio tributario alguno, sino desconociendo deducciones y sancionando por inexactitud y al representante legal, puesto que durante la investigación tributaria se probó suficientemente que el contribuyente solicitó deducciones que no fueron soportadas, hecho irregular sancionable que fue aprobado por su representante legal, y que se constató conforme a la actuación de la administración consistente en visitas, requerimientos ordinarios, autos de inspección tributaria, ayudas informáticas y consultas al sistema Muisca, así como la verificación y análisis de las pruebas recaudadas en la investigación.

Sobre el cargo de rechazo de costos sin existir fundamento, reitera los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, sumado a su posición respecto del dictamen pericial practicado durante la etapa probatoria, el cual considera en nada cambió los resultados establecidos por la administración durante la investigación, puesto que los soportes anexados por el contribuyente para probar cada uno de los pagos realizados a los propietarios de los vehículos, siendo estos documentos una relación de pago y cuentas de cobro de propietarios de vehículos, comprobantes de egreso, compra de combustible, recibo de pago sucursal virtual Bancolombia, pagos de mensualidad, documentos equivalentes a factura expedidos por TRASEICO SAS, entre otros, todos fueron valorados por la DIAN, sin embargo no desvirtúan la glosa propuesta por la administración, dado que el contribuyente debió contabilizar los ingresos y las retenciones, tal y como lo estipula el artículo 102-2 del E.T.

Así mismo, explica que sí, conforme lo manifestó la parte demandante, el servicio de transporte es pagado por la entidad con la que se realizó el contrato y posteriormente la sociedad paga al propietario del vehículo, era necesario que demostrará a quién se le prestó el servicio, y si el vehículo que prestaba el servicio era afiliado y propiedad de la empresa, o de otras personas, ya que conforme la norma, el ingreso para el propietario del vehículo es la parte que le corresponda en el negocio y para la empresa transportadora el valor, una vez descontado el ingreso del propietario del vehículo, y por ende, los costos y deducciones procedentes serán los que correspondan a cada uno.

Resalta que el servicio de transporte es una actividad completamente reglada, su prestación está condicionada por el ordenamiento, siendo necesario que la persona se organice como unidad económica permanente, éste habilitada y cuente con todos los equipos e instalaciones requeridas, y el servicio prestado se funde en contrato detallado que incluya, entre otros, condiciones y procedimiento del recaudo de la prima correspondiente con recargo al propietario del vehículo; agrega, que los particulares que no cuenten con capacidad de prestar el servicio

bajo condiciones legales, lo posible es vincular sus automotores a una empresa o a un operador de transporte habilitado mediante contrato privado.

En lo atinente al rechazo de otros pagos sin soporte aludidos por la parte demandante, asegura que la informalidad no puede ser avalada por la administración, por ende, los pagos que se verificó durante la investigación tributaria no cumplieron los requisitos legales fueron desconocidos, como son los correspondientes a los señores Mario Cárdenas Yáñez, porque no se aportó documento distinto al comprobante de egreso. A su vez, reitera que los pagos realizados por concepto de impuesto de rodamiento no son deducibles de la renta del año 2012, conforme lo establecido por el artículo 115 del E.T.

En cuanto al punto de los honorarios de la representante legal que se pretenden sean deducidos, señala que fueron rechazados porque la administración estableció que a la señora María Soledad Torrado Jiménez, representante legal de la sociedad demandante, inicialmente se le pagaron honorarios y posteriormente se le dio a dichos pagos el tratamiento de nómina, sin embargo, de conformidad a la norma tributaria, son trabajadores independientes aquellas personas que sin tener vínculo laboral perciben honorarios o cualquier otra compensación, y según consulta en el RUT la precitada ostenta calidad de responsable del impuesto a las ventas del régimen simplificado.

Finalmente, insiste en que fueron rechazados gastos operaciones, en tanto resultan improcedentes su aceptación de acuerdo a lo establecido en los artículos 771-2 y 107 del E.T., ante la carencia de factura o soporte equivalente que las respalde.

1.3.2. Parte accionante².

Por conducto de su apoderado, presenta alegatos de conclusión, reiterando los fundamentos plasmados en la demanda, tales como que existe violación al debido proceso al desconocerle el beneficio tributario de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, con base en la falta de envío de la información de que trata el artículo 6 la Ley 1429 de 2010, cuando la norma no consagra que el incumplimiento de tal obligación tenga como consecuencia la pérdida del beneficio en cuestión, además que la decisión de la administración debía ser comunicada mediante acto administrativo, previo requerimiento especial y no hacerlo de plano, como en efecto ocurrió.

Así mismo, se itera que la DIAN rechaza a la sociedad demandante unos pagos concernientes a vehículos sin soporte, otros pagos sin soportes, sin soporte que corresponde a gastos financieros, deducciones improcedentes de conformidad con el artículo 115 del E.T., y honorarios de la representante legal, todos sin fundamento legal, adoptando un criterio facilista, desconociendo los requisitos de la materia contenidos en los artículos 58, 88, 107, 617, 742 y 918 del E.T.

Del mismo modo, alude a la trasgresión del artículo del 647 Estatuto Tributario, por indebida aplicación de sanción por inexactitud, ya que es improcedente al carecer de fundamento legal para su imposición, y porque los costos y deducciones solicitados existen y están soportados, al igual que la vulneración del artículo 29 de la Constitución Política, al imponer sanción al representante legal y al revisor fiscal.

² Folios 245 a 270 del expediente.

1.3.3. Del Ministerio Público.

No se pronunció en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA.

2.1. Problema jurídico.

Tal y como se planteó en la etapa de fijación del litigio, en el presente asunto el problema jurídico se concreta a determinar sí, de acuerdo con los cargos de anulación propuestos por la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, se debe declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, esto es, la **Liquidación Oficial de Revisión Renta año 2012 072412016000010 del 18 de marzo de 2016** y la **Resolución 072362017000001 del 22 de marzo de 2017**, emanados de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta, o si por el contrario, los mismos deben mantenerse incólumes por ajustarse al marco normativo sobre el cual debían expedirse.

2.2. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado.

2.2.1. Tesis de la parte accionante:

Se debe declarar la nulidad de los actos demandados, por vulnerar el debido proceso e infringir las normas superiores en que debería fundarse.

2.2.2. Tesis de la NACIÓN - DIAN.:

Se deben negar las súplicas de la demanda, dado que los actos demandados gozan de plena validez y están ajustados a derecho, con observancia de los procedimientos legalmente establecidos, y con las garantías dadas a cada etapa del proceso.

2.2.3. Tesis de la Sala:

Luego de revisar el ordenamiento jurídico aplicable, la jurisprudencia y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala estima que se debe mantener la presunción de la legalidad de los actos enjuiciados, debido a la no comprobación de la violación de las garantías constitucionales por parte de DIAN, menos aún la transgresión de los postulados legales establecidos para los procedimientos tributarios, teniendo en cuenta que a la parte demandante le correspondía la carga de la prueba a la hora de demostrar la efectiva procedencia de las deducciones en la declaración privada de renta del año gravable 2012, lo cual no aconteció.

2.3. Argumentos que respaldan la tesis de la Sala:

A continuación, la Sala procede a examinar los cargos de violación propuestos por la parte demandante, según el esquema metodológico de la demanda:

2.3.1. Vulneración al debido proceso al desconocer un beneficio tributario para la sociedad TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS, conforme a la Ley 1429 de 2010.

La parte demandante alega vulnerado su derecho al debido proceso por parte de la DIAN, al desconocerle el beneficio tributario de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, con base en la falta de envío de la

información de que trata el artículo 6 la Ley 1429 de 2010, cuando la norma no consagra que el incumplimiento de tal obligación tenga como consecuencia la pérdida del beneficio en cuestión, además que la decisión de la administración debía ser comunicada mediante acto administrativo, previo requerimiento especial y no hacerlo de plano, como en efecto ocurrió.

Al respecto, es de recordar que para efectos de incentivar el pago del impuesto de renta para las pequeñas empresas que inician su actividad económica principal, el Gobierno desarrolló la Ley 1249 de 2010, teniendo como objeto *“la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse”*, la cual, en su artículo 4³ creó el beneficio de progresividad, estableciendo los porcentajes a pagar dentro de los seis (6) primeros años gravables del impuesto de renta, a partir del inicio de su actividad comercial.

Tal beneficio fue reglamentado por el Decreto 4910 de 2011, enmarcando en su artículo 1 quiénes podían ser beneficiarios de la progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, además, delimitó los requisitos generales a cumplir:

“Artículo 6°. Requisitos generales que deben cumplirse para acceder a la progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. Sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de inscripción y sus actualizaciones en el Registro Único Tributario (RUT), para efectos de control las Nuevas Pequeñas Empresas o Pequeñas Empresas Preexistentes que pretendan acogerse al beneficio a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1429 de 2010, deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Cuando se trate de Nuevas Pequeñas Empresas: Presentar personalmente antes del 31 de diciembre del correspondiente año de inicio del beneficio de progresividad, ante la División de Gestión de Fiscalización, o la dependencia que haga sus veces, de la Dirección Seccional o Local de Impuestos Nacionales o de Impuestos y Aduanas Nacionales a la que corresponda de acuerdo con el domicilio fiscal, los siguientes documentos:

a). Certificado de existencia y representación legal expedido por la correspondiente Cámara de Comercio en el que conste la fecha de inscripción en el Registro Mercantil y la condición de Nueva Pequeña Empresa.

b). Certificación escrita del contribuyente o representante legal de la empresa, cuando se trate de persona jurídica, que se entenderá expedida bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste:

1. La intención de acogerse al beneficio otorgado por el artículo 4° de la Ley 1429 de 2010, detallando la actividad económica principal a la que se dedica y la dirección en la cual se encuentre ubicada la planta física o el lugar del desarrollo de la actividad económica y el domicilio principal.

2. El monto de los activos totales.

3. El número de trabajadores con relación laboral al momento del inicio de la actividad económica y tipo de vinculación.

4. Haber cumplido con la obligación de tener inscritos los libros de contabilidad ante la Cámara de Comercio.

5. La existencia de la instalación física de la empresa, indicando la dirección y el municipio o Distrito donde está ubicada.

c). Copia de la escritura o documento que pruebe su constitución o existencia.

2. Cuando se trate de Pequeñas Empresas Preexistentes:

³ Artículo derogado por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, 'por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016.

Presentar personalmente antes del 31 de marzo del año 2012, ante la División de Gestión de Fiscalización, o la dependencia que haga sus veces, de la Dirección Seccional o Local de Impuestos Nacionales o de Impuestos y Aduanas Nacionales a la que corresponda de acuerdo con el domicilio fiscal, los siguientes documentos:

a). Certificado de existencia y representación legal expedido por la correspondiente Cámara de Comercio en el que conste la fecha de renovación de la Matrícula Mercantil en la correspondiente Cámara de Comercio.

b). Certificación escrita del contribuyente o representante legal de la empresa, cuando se trate de persona jurídica, que se entenderá expedida bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste:

1. La intención de acogerse al beneficio otorgado por el artículo 4° de la Ley 1429 de 2010, detallando la actividad económica principal a la que se dedica y la dirección en la cual se encuentre ubicada la planta física o el lugar del desarrollo de la actividad económica y el domicilio principal.

2. El monto de los activos totales.

3. El número de trabajadores con relación laboral al momento del inicio de la actividad económica y tipo de vinculación.

4. Que reinició el desarrollo de la actividad económica dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1429 de 2010.

5. Que dentro de este mismo término de 12 meses se ha puesto al día en todas sus obligaciones formales y sustanciales de carácter legal y tributario de orden nacional y territorial. Para el efecto, en el caso de deudas por impuestos administrados por la DIAN, podrán suscribir facilidades de pago en los términos y condiciones previstos en el artículo 814 del Estatuto Tributario.

6. Haber cumplido con la obligación de tener inscritos los libros de contabilidad ante la Cámara de Comercio.

7. La existencia de la instalación física de la empresa, indicando la dirección y el municipio o Distrito donde está ubicada.

c). Copia de la escritura o documento que pruebe su constitución.

Estos requisitos se verificarán por la respectiva Dirección Seccional o Local de Impuestos Nacionales o de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien ejercerá vigilancia y control de acuerdo con sus amplias facultades de fiscalización e investigación consagradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario.

Parágrafo transitorio. *Por el año gravable 2011, las Nuevas Pequeñas Empresas a que se refiere el numeral 1 de este artículo deberán presentar los documentos allí mencionados antes del 31 de marzo de 2012”.*

La norma, como puede advertirse, contempla una serie de requisitos formales para que el contribuyente que cumpla lo establecido en la Ley 1429 de 2010, acceda al beneficio del pago progresivo del impuesto de renta. Los requisitos requeridos son de carácter informativo y solo deben ser presentados por una sola vez por la empresa interesada en acceder al beneficio.

Ahora, cabe destacar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), C.P. Milton Chaves García, expediente 11001-03-27-000-2012-00024-00 (19359), se pronunció de fondo frente a la legalidad de los artículos 6, 7 y 9 del Decreto 4910 de 2011, concluyendo respecto del artículo 6 de los requisitos generales “que a pesar de que la Ley 1429 de 2010 no contiene explícitamente la solicitud de información que se encuentra en el artículo 6 del Decreto 4910 de 2011, el Gobierno Nacional no excedió su potestad reglamentaria, debido a que fue necesario expedir el decreto con requisitos de trámite, para que la ley pudiera ejecutarse y que el contribuyente que deseara acceder a los beneficios de ley pudiera solicitarlos por medio de un registro en el sistema de información de la Administración Tributaria. El objetivo del artículo demandado es poder hacer efectivo lo establecido por ley, por lo que ordenó un mecanismo de entrega de información con el fin de que la DIAN referenciara las empresas que decidieran

acceder al beneficio tributario del artículo 4 de la Ley 1429 de 2010 y observara que se cumplieran los requisitos normativos. Por no exceder las facultades reglamentarias, la norma demandada no es violatoria de los artículos 84, 150, 189 y 338 de la Constitución Política y del artículo 4 de la Ley 1429 de 2010”.

En cuanto al artículo 7 del Decreto 4910 de 2011, que establecía los requisitos que debían cumplir las empresas para cada año gravable en que se solicitara el beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, consideró que vulneraba los artículos 2, 4, 8 y 48 de la Ley 1429 de 2010 y los artículos 150 y 189 de la Constitución Política, al crear un requisito formal adicional al acceso del beneficio de progresividad y una sanción que no estableció la ley, ni permite cumplir su fin, por lo que lo declaró nulo con efectos *ex tunc*.⁴

Continuando con el análisis normativo, el Decreto 4910 de 2011, respecto a la pérdida o improcedencia del beneficio de progresividad, en su artículo 9 señaló lo siguiente:

“Artículo 9°. Pérdida o improcedencia del beneficio de la progresividad en el impuesto sobre la renta y complementarios. *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7° del presente decreto, para efectos de la procedencia del beneficio de que trata el artículo 4° de la Ley 1429 de 2010, las pequeñas empresas beneficiarias deberán mantener en el respectivo año gravable y hasta el 31 de diciembre inclusive, las condiciones relativas al número de trabajadores y al monto de los activos totales a que se refiere el numeral 1 del artículo 2° de la citada Ley. En caso de incumplir alguna de las condiciones señaladas, el beneficio se torna improcedente a partir del año gravable en que esto ocurra.*

Tampoco procederá el beneficio de progresividad en el impuesto sobre la renta y complementarios, cuando se incumpla con la renovación de la matrícula mercantil dentro de los tres primeros meses del año, cuando no se paguen en su oportunidad legal los aportes a salud y demás contribuciones de nómina, o cuando no se cumpla con el deber legal de presentar las declaraciones tributarias de orden nacional y territorial y de realizar los pagos de los valores a cargo en ellas determinados, autoliquidados o liquidados por la Administración, dentro de los plazos señalados para el efecto.”

En la misma providencia citada, la Alta Corporación concluyó que la regulación de tal artículo no contraviene los principios de equidad, eficiencia y progresividad del artículo 363 de la Constitución Política, porque la ley estableció los requerimientos para acceder a los beneficios tributarios, manteniendo las características especiales de las pequeñas empresas y sin afectar el ordenamiento tributario del país. Así las cosas, decretó como nulo el aparte “Sin perjuicio del artículo 7 del presente decreto” del artículo 9 del Decreto 4910 de 2011.

Teniendo en cuenta el anterior marco, se pasa a analizar el cargo de violación invocado en el caso concreto, para lo cual primero es de destacar que revisado el material probatorio obrante en el plenario, principalmente, el expediente VR-2012-2015-00068 que contiene los antecedentes administrativos, allegado en medio magnético por la entidad demandada junto con la contestación a la demanda (fl. 143), la Sala encuentra demostrado que **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, es una sociedad por acciones simplificada, **constituida mediante acta del 30 de enero de 2011, inscrita en la matrícula mercantil de 8 de marzo de 2011** y en el Registro Único Tributario con el N° 900418945-5.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-121-16, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “La anulación de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión”

También se aprecia que su actividad económica principal es la identificada con código CIU 4921, la cual corresponde a la de “Transporte de pasajeros” (ver certificado de existencia y representación legal expedido el 17 de enero de 2014), además de las actividades secundaria de “7710 alquiler y arrendamiento de vehículos automotores”, y adicionales de “5229 otras actividades complementarias al transporte”, “4290 construcción de otras obras de ingeniería civil”, figurando como representante legal la señora María Soledad Torrado Jiménez.

Posteriormente, el día **21 de enero de 2014**, la representante legal de la empresa demandante, presentó escrito manifestando la intención de acogerse a los beneficios de la Ley 1429 de 2010 (folio 1 a 4 CD antecedentes administrativos), en su calidad de “Nueva pequeña Empresa Persona Jurídica”, indicando su actividad económica: 4921 Transporte de pasajeros, activos a 31 de diciembre de 2013: \$550.000.000, Dirección: Cll 7 N. 7-54 B. Libertadores Tibú Norte de Santander, Sede Cúcuta: Av. 5 N. 2-62 Edificio Colseguros centro Cúcuta, Número de Trabajadores a 31 Diciembre de 2013: 20” y anexando copia del certificado de cámara de comercio.

En cuanto a la presentación de los documentos para acceder al beneficio del que trata la Ley 1429, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)⁵, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, en relación a lo que llamó como “requisitos de carácter informativo”, explicó lo siguiente:

“Bajo tal cometido, el artículo 6 del decreto dispuso un listado de requisitos especiales tanto para las “nuevas pequeñas empresas” como para las “pequeñas empresas preexistentes” que pretendieran acogerse al beneficio establecido en el artículo 4 de la Ley 1429 de 2010 y sobre los cuales la Sala se pronunció en la sentencia del 6 de diciembre de 2017, que ahora se reitera, distinguiéndolos como requisitos de carácter informativo que: i) debían presentarse por una sola vez, ii) se relacionaban con lo establecido en la Ley 1429 de 2010 y, iii) no excedían la potestad reglamentaria porque no contradecían ni añadían exigencias adicionales, «sino que se traducían en condiciones necesarias para ejecutar la ley y para que el contribuyente pudiera solicitar los beneficios mediante un registro en el sistema de información de la Administración Tributaria, debido a que fue necesario expedir el decreto con requisitos de trámite, para que la ley pudiera ejecutarse y que el contribuyente que deseara acceder a los beneficios de ley pudiera solicitarlos por medio de un registro en el sistema de información de la Administración Tributaria».” (...)

Considerando esas primeras reflexiones de la Sección y el alcance argumentativo de los conceptos de violación ventilados en los procesos acumulados, en esta oportunidad se precisará que los requisitos establecidos por el citado artículo 6 del Decreto 4910 de 2011, corresponden a documentos que las “nuevas pequeñas empresas” (NPE) debían presentar personalmente, antes del 31 de diciembre del año en que inició el beneficio de progresividad, y las “pequeñas empresas preexistentes” (PEP), antes del 31 de marzo del año 2012, con las siguientes especificaciones de contenido: (...)” (se destaca)

En ese sentido, la Alta Corporación precisó que el objetivo del artículo 6 era hacer efectivo lo establecido por la Ley, razón por la cual, ordenó un mecanismo de entrega de información, con el fin de que la DIAN referenciara las empresas que estuvieren interesadas en acceder al beneficio tributario y observara el cumplimiento de los requisitos normativos, **estableciéndose un límite temporal para que las empresas beneficiarias presentaran personalmente la**

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicado: 11001-03-27-000-2012-00043-00 (19716) – ACUMULADO; C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

documentación informativa con lo cual manifestaban su interés de acogerse al beneficio.

Continuando con el examen del caso en concreto, es de resaltar que el 6 de agosto de 2014, radicó solicitud encaminada en el mismo sentido y a obtener información del motivo por el cual la empresa no resultó acreedora del beneficio en cuestión, frente a la cual el 20 de agosto de 2014, la Jefe de la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta de la DIAN, mediante oficio 107201238-989 7669, se pronunció en el siguiente sentido:

“De acuerdo con la normatividad anterior y teniendo en cuenta que el primer año del beneficio de progresividad corresponde al año gravable en que se realice la inscripción en el Registro Mercantil en la correspondiente Cámara de Comercio; y que para efectos de la procedencia legal de la progresividad deben cumplirse los requisitos señalados, es claro que a partir del año en que no se presenten o no se cumplan oportunamente, no procederá el beneficio de progresividad en el pago del impuesto de renta, caso en el cual se pierde la posibilidad de tomar el beneficio aludido para los siguientes años.

Siendo así se advierte que al haberse constituido la sociedad en el año 2011, debió antes del 31 de marzo del 2012 enviar los documentos de que trata el artículo 6 del Decreto 4910. Sin embargo en esta Dirección Seccional no reposa documento alguno que Ud. Haya enviado en cumplimiento de tal artículo, sólo se evidencia el oficio con radicado 000466 del 21 de Enero del 2014, en donde informó extemporáneamente su intención de acogerse al beneficio tributario de que trata la Ley 1429. Siendo así, es claro que si no presentó oportunamente los requisitos señalados por la Ley no pueden acceder a los beneficios otorgados por la misma” (folio 6-7 CD antecedentes administrativos).

Mediante oficio 0107201238-191 del 9 de febrero de 2015, la Jefe de la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta de la DIAN, le informó a la parte demandante que una vez revisados los sistemas de información de la entidad, *“se encontró que usted no cumplió con el requisito y condiciones exigidos por el Art. 6 del Decreto 4910 de 2011, perdiendo así el beneficio por todos los años, motivo por el cual lo invitamos a presentar la corrección a la(s) Declaración(es) de Renta por el(los) año(s) gravable(s) 2012 y 2013, respecto al Impuesto de Renta el cual debe liquidarse a la tarifa vigente, sobre la renta líquida gravable” (folio 19 CD antecedentes administrativos).*

El 18 de marzo del año 2015, mediante auto de apertura 072382015000068, se inició investigación tributaria en contra de la aquí demandante, por el impuesto a la renta del año gravable 2012 (folio 21 CD antecedentes administrativos).

Vistas así las cosas, la Sala considera que a la parte demandante no le asiste razón en el cargo, toda vez que en ningún momento ostentó el beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, toda vez que no cumplió con los requisitos generales exigidos por el artículo 6 del Decreto 4910 de 2011, como quiera que, atendiendo la fecha de constitución de la sociedad del 30 de enero de 2011 y matrícula en Cámara de Comercio el 8 de marzo del mismo año⁶, fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 4910 (26 de diciembre de 2011), **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS** podía acogerse a lo dispuesto en relación con las pequeñas empresas preexistentes, por lo que estaba obligada a cumplir con los requisitos de carácter informativo, dentro del límite temporal.

⁶ Certificado de existencia y presentación folio 35 cd antecedentes administrativos.

En ese orden, para ser beneficiaria la sociedad demandante debía presentar personalmente, antes del 31 de marzo del año 2012, la documentación informativa con lo cual manifestaba su interés de acogerse al beneficio, lo cual, como se advierte de los hechos probados no aconteció, pues la parte demandante radicó solicitud a fin de obtener el beneficio tributario el día 21 de enero de 2014⁷, fecha para la cual ya había fenecido el término propuesto por la norma; además que solo allegó certificación de existencia y representación legal de la cámara de comercio, restando por aportar copia de la escritura o documento que pruebe su constitución, y certificación escrita del representante legal de la empresa manifestando, que dentro del reinicio del desarrollo de la actividad económica se ha puesto al día en todas sus obligaciones formales y sustanciales de carácter legal y tributario de orden nacional y territorial, haber cumplido con la obligación de tener inscritos los libros de contabilidad ante la cámara de comercio.

En consecuencia, los actos acusados no violaron el derecho al debido proceso, ni la Ley 1429 y el Decreto 4910 de 2011, pues la sociedad demandante en ningún momento cumplió los requisitos legales para la procedencia del beneficio tributario, además que la presentación de la solicitud fue extemporánea e incompleta.

Por las anteriores razones, el cargo de violación alegado **no prospera**.

2.3.4. Rechazar costos sin existir fundamento alguno o con falsa motivación, desconociendo normas tributarias, y no aplicabilidad de las mismas.

2.3.4.1. Hechos probados relevantes para analizar los cargos relacionados con el rechazo de los costos.

Previo a analizar el cargo de violación, es menester resaltar de la circunstancias probadas que acontecieron previo a la expedición de los actos demandados, cuales son que el 18 de marzo del año 2015, mediante auto de apertura 072382015000068, se inició investigación tributaria en contra de la aquí demandante, por el impuesto a la renta del año gravable 2012 (folio 21 CD antecedentes administrativos).

El 25 de marzo de 2015, la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta de la DIAN, profiere requerimiento ordinario 07238 2015 000236, dirigido a la sociedad demandante, (folios 74-75 CD antecedentes administrativos), solicitándole información por el año gravable 2012, consistente en anexo explicativo en Excel de las deducciones que contenga: nombre y/o razón social y NIT de los beneficiarios de los pagos, conceptos y valores, estados financieros: balance general y estado de ganancias y pérdidas al 31 de diciembre de 2012, balance de comprobación a 31 de diciembre de 2012 a 8 dígitos.

El 24 de abril de 2015, la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, por medio de su representante legal, dio respuesta al requerimiento ordinario (fl. 78 CD antecedentes administrativos), allegando la documentación contable allí solicitada, esto es, anexo explicativo en Excel de las deducciones (fls. 79 a 84 CD antecedentes administrativos), balance general y estado de resultados a 31 de diciembre de 2012 (fls. 85 a 87 CD

⁷ Folio 1 CD antecedentes administrativos.

antecedentes administrativos) y balance de comprobación a 31 de diciembre de 2012 a 8 dígitos (fls. 91-92 CD antecedentes administrativos)

Posteriormente, se destaca que en virtud de lo ordenado en el auto de inspección tributaria 07238 2015 000011 del 24 de marzo de 2015, con el fin de verificar la exactitud de las declaraciones, establecer la existencia de los hechos gravados o no, y verificar el cumplimiento de las obligaciones formales, por parte de la DIAN, el día 12 de mayo de 2015, se realizó la visita a la dirección “AV 5 12 62 ED COLSEGUROS OF 303”, donde se verificó que *“inspección ocular: (..) la contribuyente manifiesta que en esta oficina maneja todo lo relacionado con la vinculación del personal de la empresa, tanto empleados administrativos como operativos, realizando las respectivas pruebas y exámenes necesarios para su vinculación. Adicionalmente realizan la vinculación de los vehículos para trabajar con la empresa. (..) Información solicitada: -Fotocopia de cédula del Representante legal y contador y/o revisor fiscal (si aplica), además copia de la tarjeta profesional. – Soportes físicos de las deducciones de la Declaración de Renta del año gravable 2012. Información recibida: - Fotocopia de la Cédula del Rep. Legal. (..) En cuanto a la dirección de Notificación Calle 10ª 3-16 Brr La Perla Tibú – Norte de Santander, la contribuyente informa que en dicha dirección se maneja la parte operativa liderada por el ingeniero Mario Cárdenas Yañes, y la parte Administrativa dado que ahí se ejerce la actividad comercial. Se le solicita a la contribuyente soportes de las deducciones del año 2012 informando que dichos soportes se encuentran en la oficina principal que se encuentra en Tibú, informándonos así que debido a la inseguridad de orden público no puede sacar los documentos de las instalaciones de Tibú. Se anexa a el Acta de Visita: - correo electrónico – contrato de vinculación de vehículo – cámara de comercio. En cuanto a la vinculación de vehículos, cuando son nuevos la empresa los compra a nombre de la empresa y cuando son usados se realiza una vinculación con el dueño del vehículo, del cual Transeico cubre gastos y administración. La contribuyente manifiesta que el radio de operación es a nivel nacional y el Ministerio de Transporte le registra como principal Tibú y los Faculta a abrir sedes en cualquier parte del país para la generación de empleo”.* (ver folios 109 a 118 expediente administrativo DIAN)

El 13 de mayo de 2015, la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta de la DIAN, profiere requerimiento ordinario 07238 2015 000287, dirigido a la sociedad demandante, Calle 10 A 3-16 BRR La Perla Tibú – Norte de Santander (folios 119-120 CD antecedentes administrativos), solicitándole información por el año gravable 2012, consistente en notas de contabilidad o comprobante de causación legibles por cada registro del gasto solicitado fiscalmente, Fotocopia legible de cada uno de los documentos soportes de las deducciones: Factura, cuenta de cobro u otro documento que haya expedido cada una de las personas beneficiarias de los pagos; en caso de no haberse expedido documento por parte del beneficiario sírvase aportar el expedido por ustedes (Comprobante de egreso).

Con oficio fechado 16 de junio de 2015, la representante legal de la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, dio respuesta al requerimiento ordinario (fl. 126 CD antecedentes administrativos), allegando la documentación contable allí solicitada, esto es, notas de contabilidad o comprobante de causación legibles por cada registro del gasto solicitado fiscalmente, y fotocopia legible de cada uno de los documentos soportes de las deducciones (fls. 127 a 990 CD antecedentes administrativos).

El día 9 de julio de 2015, la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos de Cúcuta de la DIAN, profiere, requerimiento especial 07238 2015 000043, en el cual se proponen una serie de modificaciones a la liquidación privada de declaración de renta del año gravable 2012, presentada por el contribuyente **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, consistente en: i) desconocer deducciones por valor de \$232.691.000, y reconocer deducciones en el renglón 56- Total deducciones por valor de \$154.615.000; ii) sanción por inexactitud conforme al artículo 647 del E.T., por la inclusión de deducciones improcedentes que derivaron un menor valor a pagar, y (iii) sanción conforme el artículo 658-1 del E.T. al representante legal del año gravable 2012, señora María Soledad Torrado Jiménez, por valor de \$24.572.000. (fls. 1017 a 1029 CD antecedentes administrativos).

Mediante memorial fechado 15 de octubre de 2015, la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, por medio de su representante legal y a través de apoderado, dio respuesta al requerimiento especial contravirtiendo las modificaciones propuestas por la administración, allegando documentación que a su juicio hacen procedentes los costos rechazados y solicitando el archivo de la investigación (fls. 1092 a 1120 CD antecedentes administrativos).

El **18 de marzo de 2016**, la División de Gestión de Liquidación profirió la **Liquidación Oficial de Revisión Renta año 2012 072412016000010**, mediante la cual realizó una serie de modificaciones a la liquidación privada a que se ha venido haciendo referencia en los siguientes términos i) modificación del renglón de gastos operacionales de administración, desconociendo deducciones por valor de \$232.691.000, y reconociendo deducciones en el renglón 56- Total deducciones por valor de \$154.615.000; ii) sanción por inexactitud conforme al artículo 647 del E.T., y sanción conforme el artículo 658-1 del E.T. al representante legal del año gravable 2012, señora María Soledad Torrado Jiménez, para un valor total de sanciones por \$118.129.000, iii) total saldo a pagar de \$196.796.000 (fls. 1296 a 1314 CD antecedentes administrativos).

El 23 de mayo de 2016, la sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión referida en precedencia (fl. 55 a 70 del expediente principal y 1316 a 1330 CD antecedentes administrativos).

El 22 de marzo de 2017, mediante **Resolución 072362017000001** la DIAN resolvió el recurso de reconsideración, modificando la Liquidación Oficial de Revisión, en los siguientes términos: i) confirma el desconocimiento de deducciones por valor de \$232.691.000, y reconociendo deducciones en el renglón 56- Total deducciones por valor de \$154.615.000; ii) modifica sanción por inexactitud conforme al artículo 647 del E.T., y sanción conforme el artículo 658-1 del E.T. al representante legal del año gravable 2012, señora María Soledad Torrado Jiménez, reduciéndola a un valor total de sanciones por \$74.025.000, iii) modifica el total saldo a pagar a un valor de \$152.692.000 (fl. 71 a 93 del expediente principal y 1335 a 1357 CD antecedentes administrativos).

En audiencia inicial celebrada el 21 de agosto del año 2019, se decretó la práctica de un peritazgo contable y fiscal a la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA S.A.S.**, con el fin de determinar si se prueban los costos en que incurrió la empresa, en lo relacionado con la declaración de renta del año gravable 2012. Para tal efecto, se designó como

perito al Contador Público Carlos David Gamboa Alvarado, quien allegó la experticia solicitada el 10 de octubre de 2019⁸, en la cual se tienen como conclusiones las siguientes:

“Objetivo 1: Verificar que la contabilidad de la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA S.A.S.**, sea llevada en debida forma y que cumpla con los requisitos para que constituya prueba de conformidad con los art. 772, 773, 774, 775, y 776 del E.T

- Al verificar la información general de la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA S.A.S.**, se concluyó que se encuentra legalmente constituida a través de Registro Único Tributario, y el Registro de Existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Cúcuta, manteniendo actualizados sus datos y cumpliendo con las obligaciones de comerciantes contempladas en el art. 19 del Código de Comercio, al tener el inscrito en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos que la ley exige, y llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales con los requisitos de los art. 772, 773, 774, 775, y 776 del E.T. con la observancia que los Libros oficiales de contabilidad, Libros Auxiliares (**no fueron suministrados**).

1. Se concluyó que, para el desarrollo de su contabilidad, las transacciones económicas de la sociedad se tuvieron en cuenta los documentos vertidos en el proceso y contabilidad documental (comprobantes de egreso y documentos equivalentes) aportados por la sociedad y con ellos en el trabajo de peritaje se construyó las hojas de Excel que se encuentran adjuntas al presente dictamen.

Objetivo 2: Verificar la realidad de las transacciones por concepto de gastos incurridos en el periodo objeto del peritaje realizados por la sociedad observando en cada una de ellos con los documentos soporte que cumplan con los requisitos para la procedencia de gastos deducibles del año 2012 de la sociedad

Se comprobó el cumplimiento de **44.47%** del total de los pagos por concepto de gastos deducibles que fueron informados en la declaración de renta del año gravable 2012 por valor de **\$ 172'333.220** cumpliendo con los requisitos fiscales contemplados en el **art. 771-2 ET (ver hoja de trabajo: H2)**.

1. Se concluye que la realidad de los gastos deducibles procedentes fiscalmente ascienden a la suma de **\$ 172'333.220. art. 771-2 ET (ver hoja de trabajo: H2).**”

2.3.4.2. Marco normativo sobre la procedencia de los costos y deducciones.

Para la procedencia de los costos y deducciones, la normativa tributaria exige el cumplimiento de los presupuestos esenciales de relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad⁹.

⁸ Folios 189 a 219 del cuaderno principal.

⁹ **Estatuto Tributario: “ARTICULO 77. REQUISITOS PARA SU ACEPTACIÓN.** Cuando dentro de los costos o inversiones amortizables existan pagos o abonos en cuenta, que correspondan a conceptos respecto de los cuales obliga el cumplimiento de requisitos para su deducción, deben llenarse en relación con tales pagos o abonos, los mismos requisitos señalados para las deducciones.

ARTICULO 107. LAS EXPENSAS NECESARIAS SON DEDUCIBLES. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

ARTICULO 177. LAS LIMITACIONES A COSTOS SE APLICAN A LAS DEDUCCIONES. Las deducciones están sujetas a las mismas limitaciones señaladas para los costos, en los artículos 85 a 88, inclusive.

La relación de causalidad atiende a que las erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente.

Ha sido criterio uniforme del Consejo de Estado precisar que la relación de causalidad significa que los gastos deben guardar un vínculo o correspondencia de origen-efecto entre la expensa (costo o gasto) y la actividad u ocupación que desarrolla el objeto social (principal o secundaria) y le genera renta al contribuyente, de tal forma que sin aquella no es posible obtenerla¹⁰.

Así mismo, la Alta Corporación ha explicado¹¹ que el artículo 107 del E.T no exige que a instancia del gasto se genere un ingreso, lo que exige es que tenga relación de causa y efecto, pero no como gasto-ingreso, sino como gasto-actividad (productividad). Por eso, se considera que la *injerencia* que tiene el gasto en la productividad puede probarse con el ingreso obtenido, pero esa no necesariamente es la única prueba de la injerencia, si por tal se entiende la acción de *“Entremeterse, introducirse en una dependencia o negocio”*¹².

En cuanto a la necesidad del gasto se ha considerado que por expensas necesarias se debe entender que son gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta. Son indispensables, aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige la norma, lo esencial es que el gasto sea *“normalmente acostumbrado en cada actividad”*, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes¹³.

Por su parte, la proporcionalidad de las expensas, es decir la magnitud que aquellas representen dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta) deberá medirse y analizarse en cada caso, de conformidad con la actividad lucrativa que se lleve a cabo y con la costumbre comercial¹⁴ para el sector, de manera que el rigor normativo cede ante los gastos reiterados, uniformes y comunes que se realicen, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también deben concurrir.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia¹⁵, tanto la necesidad como la proporcionalidad deben medirse con criterio comercial y, para el efecto, el artículo 107 del E.T. dispone dos parámetros de análisis. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea una expensa de las

Igualmente, para uno y otro caso, no serán deducibles los pagos respaldados en documentos frente a los cuales no se cumpla lo previsto en el numeral tercero del artículo 522.

Tampoco serán procedentes los costos o deducciones respecto de los cuales no se cumpla con la obligación señalada en artículo 632”.

¹⁰ Consultar, entre otras, sentencias del 13 de octubre de 2005, expediente 13631, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 2 de agosto de 2006, expediente 14549, C.P. Ligia López Díaz; 12 de diciembre de 2007, expediente 15856, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; 24 de julio de 2008, expediente 16302, C.P. Ligia López Díaz.

¹¹ Sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 17075. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹² DRAE. Injerir [4. prnl](#). Entremeterse, introducirse en una dependencia o negocio.

¹³ Sentencia de 12 de mayo de 2005, Exp. 13614, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

¹⁴ Sobre la costumbre mercantil el artículo 3 del Código de Comercio expresa:

ARTÍCULO 3o. AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL - COSTUMBRE LOCAL - COSTUMBRE GENERAL. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

¹⁵ Ídem 3.

normalmente acostumbradas en cada actividad. La segunda, que la ley no limite la expensa como deducible.

Que respecto de la primera, habida cuenta de que el parámetro de comparación depende de la actividad que desarrolle la empresa y de las expensas que realicen empresas que desarrollen la misma actividad, este es un asunto de hecho que amerita ser probado y, por lo tanto, la dificultad en este punto concierne a la prueba que deberá acreditar el contribuyente para demostrar el derecho a la deducción.

Explicó que la prueba se debe encauzar a demostrar que hay empresas que realizan determinada actividad, como la que ejerce el contribuyente que invoca la deducción, y que incurren en las mismas expensas de manera forzosa. Que lo forzoso puede devenir del cumplimiento de obligaciones legales, del cumplimiento de obligaciones empresariales¹⁶ o de la costumbre mercantil, en este último caso, como *“Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.”*¹⁷, y que, en todo caso, debe probarse¹⁸. Por tanto, la expensa será deducible si cumple el criterio de necesidad atendiendo a cualquiera de las circunstancias descritas.

Y en cuanto al segundo parámetro, señaló que simplemente constituye una valoración jurídica de las normas que consagran limitaciones al contribuyente para llevar determinada expensa como deducible. Esto implica que, por regla general, las expensas que cumplan los requisitos del artículo 107 del E.T. son deducibles, siempre y cuando no exista norma expresa que prohíba la deducción.

2.3.4.3. Rechazo de activos fijos, muebles y enseres.

Tal y como se ha corroborado en los antecedentes administrativos del expediente VR-2012-2015-00068, se encuentra que la sociedad demandante presentó el 15 de abril de 2013, la declaración privada de renta por el año gravable 2012 mediante formulario 1102002043820, en la que declaró ingresos por \$330.777.000, costos por \$0, deducciones por \$221.678.000, y una renta líquida gravable de \$109.099.000 con un impuesto a cargo de \$0 (fls. 18 CD antecedentes administrativos).

A su vez, según se advierte del contenido de los actos demandados, la administración decidió rechazar la cifra de \$1.475.820, de la compra de un portátil oficina-éxito (Samsung I3), y aceptar el valor de \$308.800, producto de la compra de una silla de oficina Homecenter Fact 263 por valor de \$109.800, y de compra de sillas y otros para TRANSEICO por valor de \$199.000.

El fundamento de la entidad demandada para el rechazo de la glosa referida es que los bienes mencionados, dada su condición de activos se declaran en el patrimonio y no como deducciones, igualmente en el requerimiento especial se le solicitó al contribuyente “notas de contabilidad o comprobantes de causación legibles por cada registro del gasto solicitado fiscalmente” y no fueron aportados, tampoco se evidencia el manejo contable que se le dio en la cuenta de activo fijo.

¹⁶ Obligaciones derivadas del contrato social o de constitución de la empresa y que se deben cumplir para sacarla adelante, para hacerla productiva y rentable y, por supuesto, para mantener esa productividad y rentabilidad.

¹⁷ DRAE. Definición de Costumbre

¹⁸ Artículos 8 y 9 del C.Co., 190 del C.P.C.

Para la parte demandante, la DIAN desconoció el mandato del artículo 6 del Decreto 3019 de 1989, norma que permite que ciertos activos, se deprecien aceleradamente y se pueda solicitar su deducción.

Sobre el tema, el Decreto 2649 de 1993, “por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”, en su artículo 35 define activo como la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros.

El párrafo del artículo 60 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 40 de la Ley 1819 de 2016, establece que son activos fijos todos aquellos activos que no sean inventarios, y que cumplan con las definiciones de los marcos técnicos normativos (NIIF) de propiedad, planta y equipo, propiedades de inversión, activos no corrientes mantenidos para la venta: *“Parágrafo. Para los contribuyentes obligados a llevar contabilidad los activos movibles corresponden a los inventarios. Los activos fijos corresponden a todos aquellos activos diferentes a los inventarios y se clasificarán de acuerdo con los nuevos marcos técnicos normativos, tales como propiedad, planta y equipo, propiedades de inversión, activos no corrientes mantenidos para la venta (...)”*

Conforme con dicha norma son activos fijos los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporeales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Es decir, se excluyen los activos movibles.

El artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, referente a las propiedades, planta y equipo, preceptúa que éstos representan los activos tangibles, adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlo, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año. También dispone que *“la depreciación se debe determinar sistemáticamente mediante métodos de reconocido valor técnico, tales como línea recta, suma de los dígitos de los años, unidades de producción u horas de trabajo. Debe utilizarse aquel método que mejor cumpla la norma básica de asociación. Al cierre del período, el valor neto de estos activos, reexpresado como consecuencia de la inflación, debe ajustarse a su valor de realización o a su valor actual o a su valor presente, el más apropiado en las circunstancias, registrando las provisiones o valorizaciones que sean del caso. Pueden exceptuarse de esta disposición aquellos activos cuyo valor ajustado sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales”*.

El artículo 137 del E.T. determina que la alícuota de depreciación será la establecida de conformidad con la técnica contable, que en todo caso no podrá exceder la que prevén las normas tributarias. La depreciación contable se basa en la vida útil del activo y el valor residual (NIC 16, párrafo 6; NIC 38 párrafo 8, y NIIF para PYMES, sección 17.16 y ss.).

Es necesario observar que el artículo 128 de la Ley 1819 de 2016 contempla a rasgos generales la deducción por depreciación, a saber: *“Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, los obligados a llevar contabilidad podrán deducir cantidades razonables por la depreciación causada por desgaste de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta, equivalentes a la alícuota o suma necesaria para amortizar la diferencia entre el costo fiscal y el*

valor residual durante la vida útil de dichos bienes, siempre que éstos hayan prestado servicio en el año o período gravable.”

Ciertamente la norma invocada por la parte demandante, Decreto 3019 de 1989 (compilado en el artículo 1.2.1.18.5. del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria), enmarca el deber ser del tratamiento de la depreciación desde el punto de vista fiscal, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 1.2.1.18.5. Depreciación en un solo año para activos menores a partir de 1990. *A partir del año gravable de 1990, los activos fijos depreciables adquiridos a partir de dicho año, cuyo valor de adquisición sea igual o inferior a cincuenta (50) UVT, podrán depreciarse en el mismo año en que se adquieran, sin consideración a la vida útil de los mismos.*

El valor señalado anteriormente corresponde al valor total del bien, incluyendo la totalidad de las partes o elementos que lo conforman y no se refiere al valor individual fraccionado de sus partes o elementos.”

Sobre la norma en mención, que contempla la procedencia de la depreciación de activos fijos en su totalidad en el mismo año de adquisición cuyo costo de adquisición sea inferior a 50 UVT, la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, a través de concepto 033756 del 18 de diciembre de 2017, reiterando lo dicho en concepto 21942 del 16 de octubre de ese mismo año, precisó lo siguiente:

*“Así las cosas, respecto de lo dispuesto en el artículo 1.2.1.18.5. del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, este despacho señala que al no desaparecer el fundamento de derecho ni de hecho que dio lugar a la expedición del acto administrativo de la referencia, y al no estar regulada la materia en el artículo 137 como en los casos expuestos con antelación, se mantiene la vigencia del mismo, por lo que de conformidad con esta regla **procederá la depreciación de activos fijos en su totalidad en el mismo año de adquisición cuyo costo de adquisición sea inferior a 50 UVT.**”* (Se destaca).

De todo lo anterior se extrae entonces, que los contribuyentes pueden deducir del impuesto a la renta la depreciación de los activos en la medida en que se cumplan los requisitos que señala el estatuto tributario, cuales son que el contribuyente esté obligado a llevar contabilidad, es deducible la depreciación de activos que hayan contribuido a generar renta, el activo debe generar renta en el período gravable en que se solicita la deducción, y la depreciación se debe calcular según las normas tributarias.

Además, para el caso de los activos menores, la deducción en un solo año, es procedente siempre y cuando el costo del activo sea inferior a 50 UVT¹⁹.

Teniendo en cuenta que la Unidad de Valor Tributario para el año 2012 fue fijada en veintiséis mil cuarenta y nueve pesos (\$26.049), según Resolución 011963 del 17 de noviembre de 2011, la suma para acceder a la depreciación en un solo año para activos menores para el año gravable 2012, es de un millón trescientos dos mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$1.302.450).

En ese orden, la Sala observa que la suma de millón cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos veinte (\$1.475.820), producto de la compra del portátil oficina-éxito (Samsung I3), que la sociedad demandante pretende deducir por depreciación de activos, excede el monto límite de 50 UVT.

¹⁹ Unidad de Valor Tributario.

Conforme con lo anterior, la Sala considera que el rechazo efectuado por la DIAN por este concepto se encuentra ajustado a derecho, sumado a que la parte demandante no aportó pruebas que que ofrezca el convencimiento de que el mobiliario y el equipo de cómputo están destinados al área productiva de la empresa y que establecieran cual fue el manejo contable que se dio en la cuenta de activo fijo.

Por tal razón, **el cargo de violación no prospera.**

2.3.4.4. Rechazo de pagos concernientes a vehículos sin soporte.

En el cargo planteado, la sociedad contribuyente alega que la DIAN rechazó los valores de los pagos realizados a los propietarios de los vehículos, al encontrar que los mismos carecían de soporte, a pesar que en la investigación tributaria se allegaron documentos que acreditaban los pagos.

De acuerdo con los actos acusados, los siguientes fueron los pagos rechazados:

- Beneficiario: AUGUSTO CÁRDENAS YÁÑEZ con NIT. 13.245.286, por valor de \$26.273.926.
- Beneficiario: ISAIAS GONZALEZ con NIT. 13.477.391, por valor de \$9.685.120.
- Beneficiario: LUZ DARY BAUTISTA LÁZARO con NIT. 37.396.997, por valor de \$5.225.500.
- Beneficiario: ROCÍO PANESSO BERMONT con NIT. 60.275.300, por valor de \$10.507.073.
- Beneficiario: ORLANDO PÉREZ DÍAZ con NIT. 79.496.141, por valor de \$7.786.420.
- Beneficiario: ICSIS INGENIERÍA con NIT. 900.514.473, por valor de \$4.564.000.

La administración decidió rechazar la suma total de \$64.042.039, al determinar que la sociedad contribuyente no dio aplicación a lo establecido en el artículo 102-2 del E.T., además de no aportar los documentos que demuestren la procedencia de las deducciones, distintos de los que respaldan los que denomina “pagos a los propietarios de los vehículos”, gastos que se consideraron no procedentes.

En la demanda y durante todo el transcurrir procesal, la parte demandante resalta que las pruebas documentales allegadas conforme lo establece el artículo 102-2 del E.T., son suficientes para acreditar tales valores que la sociedad cancelaba a quienes a los propietarios de los vehículos con los cuales se presta el servicio de transporte.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 336 de 1996 —Estatuto Nacional de Transporte—, para la prestación del servicio público de transporte²⁰, los operadores o empresas de transporte, esto es, las personas naturales o jurídicas constituidas como unidad de explotación económica permanente, deben tener autorización del Estado²¹ y contar con los equipos e

²⁰ De conformidad con el artículo 6º de la Ley 336 de 1996, se entiende por actividad transportadora un conjunto organizado de operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas, separada o conjuntamente, de un lugar a otro, utilizando uno o varios modos, de conformidad con las autorizaciones expedidas por las autoridades competentes, basadas en los reglamentos del Gobierno Nacional

²¹ Cfr. Artículos 11 y 16 de la Ley 336 de 1996: “ART. 11.—Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar. La habilitación, para efectos de esta ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte. (...)”.

instalaciones²² y órganos de administración que les permitan prestar adecuadamente el servicio.²³ En consecuencia:

a) Las empresas habilitadas sólo pueden prestar el servicio con equipos matriculados o registrados para dicho servicio y previamente homologados ante el Ministerio de Transporte (L. 336/96, art. 23).

b) Todas las empresas operadoras deben contar con una capacidad transportadora específica, autorizada para la prestación del servicio, ya sea con vehículos propios o de terceros, para lo que la ley defiere al reglamento la determinación de la forma de vinculación de los equipos a las empresas (L. 336/96, art. 22).

c) Los vehículos que sean de propiedad de la empresa habilitada, se entienden vinculados a la misma, sin que sea necesario la celebración del contrato de vinculación, tal como lo disponen los artículos 48 del Decreto 170 de 2001, 28 del Decreto 172 de 2001 y 38 del Decreto 174 de 2001.

d) Cuando los equipos de transporte no son de propiedad de la empresa, deben incorporarse a su parque automotor mediante una forma contractual válida (artículos 5º, 19 y 20 del Decreto 1554 de 1998²⁴, 47 y 48 del Decreto 170 de 2001²⁵, 27 y 28 del Decreto 172 de 2001²⁶ y 37 y 38 del Decreto 174 de 2001²⁷).

e) La vinculación hace solidariamente responsables a la empresa y al propietario o tenedor del vehículo, del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte, según lo dispone el artículo 991 del Código de Comercio.

La figura de la vinculación, según la definición hecha en el artículo 5 del Decreto 1554 de 1998, *“es un contrato mediante el cual el propietario o tenedor de un vehículo, lo sujeta a la prestación del servicio público de transporte, a través de una determinada empresa habilitada”*.

En otras palabras, es la incorporación de un vehículo de un tercero al parque automotor de una empresa de transporte habilitada, que se formaliza con la celebración del respectivo contrato entre el propietario del vehículo y la empresa, y se oficializa con la expedición de la tarjeta de operación por parte de la autoridad de transporte competente, en los términos de los artículos 47 del Decreto 170 de 2001, 27 del Decreto 172 de 2001 y 37 del Decreto 174 de 2001.

“ART. 16.—De conformidad con lo establecido por el artículo 3º, numeral 7º de la Ley 105 de 1993, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso o a la celebración de un contrato de concesión u operación, según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, tales como: escolar, de asalariados, de turismo y ocasional.”~

²² Cfr. Artículo 22 de la Ley 336 de 1996: “Toda empresa operadora del servicio público de transporte contará con la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación de los servicios otorgados. De conformidad con cada modo de transporte, el reglamento determinará la forma de vinculación de los equipos a las empresas, señalando el porcentaje de su propiedad y las formas alternas de cumplir y acreditar el mismo

²³ Cfr. Artículo 12 de la Ley 336 de 1996.

²⁴ “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor de carga”.

²⁵ “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros”.

²⁶ “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi”.

²⁷ “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor especial”.

Sea que se trate de transporte de carga o de pasajeros, en modalidad colectiva²⁸, individual (taxi)²⁹ o especial³⁰, “el contrato de vinculación del equipo se regirá por las normas del derecho privado debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos³¹”.

Igualmente, “el contrato deberá contener en forma detallada los ítems que conformarán los cobros y pagos a que se comprometen las partes y su periodicidad³², así como “las condiciones y el procedimiento mediante el cual se efectuará el recaudo de la prima correspondiente, con cargo al propietario del vehículo³³”.

Como puede verse, el servicio de transporte público —de carga o pasajeros— es una **actividad completamente reglada**, por lo que la prestación del mismo sólo puede hacerse en las condiciones fijadas por el ordenamiento jurídico, por tanto, para que una persona, natural o jurídica, pueda prestar el servicio de transporte, se hace necesario que se organice como una unidad económica permanente, se encuentre habilitada y cuente con todos los equipos e instalaciones necesarias para garantizar la eficiencia del servicio y seguridad de los usuarios.

Los particulares propietarios de vehículos de transporte público que no cuenten con la capacidad técnica, financiera y administrativa de prestar por sí mismos el servicio en las condiciones previstas por la ley, es decir, que no se encuentren habilitados, pueden vincular sus automotores a una empresa u operador de transporte habilitado, mediante un contrato privado —llámese administración, arrendamiento, leasing, renting o de otra forma, de acuerdo a la libertad contractual de las partes—.

En virtud de dicho contrato de vinculación, el operador o empresa transportadora, como se explicó, incorpora el vehículo del tercero a su parque automotor con el fin de utilizarlo para la prestación del servicio público de transporte.

Por la vinculación de su vehículo a una empresa habilitada, el propietario debe pagar una prima, en los términos establecidos en el contrato de vinculación y, como contraprestación, recibirá, por regla general —según se pacte en el contrato—, un porcentaje de los ingresos recibidos por el transporte prestado con su vehículo, en virtud de los contratos celebrados.

²⁸ D. 170/2001. ART. 6º—Servicio público de transporte terrestre automotor colectivo de pasajeros: Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a través de un contrato celebrado entre la empresa y cada una de las personas que han de utilizar el vehículo de servicio público a esta vinculado, para recorrer total o parcialmente una o más rutas legalmente autorizadas

²⁹ D. 172/2001. ART. 6º—Servicio público de transporte terrestre automotor en vehículos taxi. El transporte público terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, en forma individual, sin sujeción a rutas ni horarios, donde el usuario fija el lugar o sitio de destino. El recorrido será establecido libremente por las partes contratantes

³⁰ D. 174/ 2001. ART. 6º—Servicio público de transporte terrestre automotor especial. Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a un grupo específico de personas ya sean estudiantes, asalariados, turistas (prestadores de servicios turísticos) o particulares, que requieren de un servicio expreso y que para todo evento se hará con base en un contrato escrito celebrado entre la empresa de transporte y ese grupo específico de usuarios.

³¹ Cfr. Artículos 48 del Decreto 170 de 2001, 28 del Decreto 172 de 2001 y 38 del Decreto 174 de 2001.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. Artículos 20 del Decreto 170 de 2001, 19 del Decreto 172 de 2001 y 18 del Decreto 174 de 2001.

Precisamente, dadas las diferentes posibilidades contractuales con las que cuentan las partes del contrato de vinculación para pactar los cobros y pagos a que se comprometen y su periodicidad, **el estatuto tributario previó, en el artículo 102-2³⁴, la forma de registrar los ingresos por el servicio de transporte público terrestre, en aras de diferenciar, para efectos de calcular los impuestos nacionales y territoriales correspondientes, cuáles ingresos son de la empresa transportadora y cuáles del propietario de vehículo.**

Dispone la norma en mención:

*“ART. 102-2.—Distribución de los ingresos en el transporte terrestre automotor. Cuando el transporte terrestre automotor se preste a través de vehículos de propiedad de terceros, diferentes de los de propiedad de la empresa transportadora, para propósitos de los impuestos nacionales y territoriales, las empresas deberán registrar el ingreso así: **Para el propietario del vehículo la parte que le corresponda en la negociación; para la empresa transportadora el valor que le corresponda una vez descontado el ingreso del propietario del vehículo**” (resaltado fuera de texto).*

También, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, se pronunció sobre la norma en mención, indicando lo siguiente:

“Precisamente, dadas las diferentes posibilidades contractuales con las que cuentan las partes del contrato de vinculación para pactar los cobros y pagos a que se comprometen y su periodicidad, el Estatuto Tributario previó, en el artículo 102-2, la forma de registrar los ingresos por el servicio de transporte público terrestre, en aras de diferenciar, para efectos de calcular los impuestos nacionales y territoriales correspondientes, cuáles ingresos son de la empresa transportadora y cuáles del propietario de vehículo.” (Se destaca).

En el caso en concreto, se aprecia que la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, allegó al procedimiento administrativo documentación para soportar el gasto, de la cual se resalta la siguiente relacionada con los señores AUGUSTO CÁRDENAS YÁÑEZ, LUZ DARY BAUTISTA LÁZARO, ROCÍO PANESSO BERMONT, ORLANDO PÉREZ DÍAZ e ICSIS INGENIERÍA:

AUGUSTO CÁRDENAS YÁÑEZ con NIT. 13.245.286. \$26.273.926.	<ul style="list-style-type: none">- <u>Comprobante</u> de egreso 00265 del 14 de septiembre de 2012, por concepto de pago de camionetas SPZ-525 y TLA 960, por valor de \$5.726.960 (fl. 1128).- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$5.726.960 (fl. 1129).- Relación de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525 mes de julio de 2012. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$5.726.960 (fl. 1130).- Cuenta de cobro del 30 de junio de 2012, por valor de \$5.720.000, por concepto de alquiler de camioneta TLA-491 y SPZ-525 del mes de <u>junio</u> de 2012 (fl. 358 y 1125).- Cuenta de cobro del 14 de agosto de 2012, por valor de \$7.800.000, por
---	--

³⁴ Adicionado por el artículo 19 de la Ley 633 de 2000.

concepto de alquiler de camionetas TLA-491 y SPZ-525 del mes de julio de 2012 (fl. 1130).

- Comprobante de egreso 00166 del 30 de junio de 2012, por concepto de alquiler de camionetas TLA-491 y SPZ-525 del mes de junio de 2012, valor \$4.125.950 (fl. 359 y 1123).
- Relación de pago del 30 de junio de 2012, camionetas TLA-491 Y SPZ-525. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar ilegible (fl. 501 y 1124).
- Comprobante de egreso 00342 del 16 de octubre de 2012, por concepto de alquiler de camioneta TLA-491 y SPZ-525 del mes de agosto de 2012, por valor de \$6.192.874 (fl. 609 y 1133).
- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$6.192.874 (fl. 609 y 1134).
- Relación de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525 mes de agosto 2012. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$6.192.874 (fl. 609 y 1136).
- Cuenta de cobro del 20 de septiembre de 2012, por valor de \$7.800.000, por concepto de alquiler de camionetas TLA-491 y SPZ-525 del mes de agosto de 2012 (fl. 1137).
- Comprobante de egreso 00383 del 31 de octubre de 2012, por concepto de administración de camioneta SPZ-906 del mes de septiembre de 2012, por valor de \$1.421.400 (fl. 667 y 1138).
- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$1.421.400 (fl. 667 y 1139).
- Relación de pago camioneta SPZ-906 mes de septiembre de 2012. Contrato consorcio Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$1.421.400 (fl. 667 y 1141).
- Cuenta de cobro del 9 de octubre de 2012, por valor de \$2.000.000, por concepto de servicio de camioneta SPZ-906 del mes de septiembre de 2012, empresa Mejía Acevedo (fl. 1142).
- Relación de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525 mes de septiembre de 2012. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$2.450.460 (fl. 729).
- Comprobante de egreso 00433 del 10 de noviembre de 2012, por concepto de pago de la cuenta de cobro de las camionetas TLA-491 y SPZ-525, por valor de

	<p>\$2.450.460 (fl. 730 y 1143).</p> <ul style="list-style-type: none">- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$2.450.460 (fl. 730 y 1144).- Relación de pago camioneta SPZ-906 mes de <u>octubre</u> de 2012. Contrato consorcio Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor \$1.902.000 (fl. 821 y 1150).- <u>Comprobante</u> de egreso 00501 del 3 de diciembre de 2012, por concepto de pago SPZ-906, por valor de \$1.902.000 (fl. 822 y 1147).- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$1.902.000 (fl. 822 y 1148).- Relación de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525 mes de <u>octubre</u> de 2012. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$2.544.282 (fl. 872 y 1155).- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$2.544.282 (fl. 873).- <u>Comprobante</u> de egreso 00542 del 14 de diciembre de 2012, por concepto de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525, por valor de \$2.544.282 (fl. 874 y 1151).- Documento equivalente a factura de venta del 27 de diciembre de 2012, por concepto de pago camioneta SPZ-906, mes de noviembre de 2012, Contrato Mejía Acevedo, por valor de \$2.000.000 (fl. 913 y 1164).- Relación de pago camioneta SPZ-906, mes de <u>noviembre</u> de 2012. Contrato Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$1.910.000 (fl. 915).- <u>Comprobante</u> de egreso 00574 del 27 de diciembre de 2012, por concepto de pago cuenta de cobro camioneta SPZ-906, por valor de \$1.910.000 (fl. 916 y 1157).- Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$1.910.000 (fl. 1158).- Relación de pago camionetas TLA-491 Y SPZ-525, mes de <u>septiembre</u> de 2012. Contrato consorcio Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$2.450.460 (fl. 1146).- Cuenta de cobro del 15 de noviembre de 2012, por valor de \$2.000.000, por concepto de servicio de camioneta SPZ-906 del mes de <u>octubre</u> de 2012, empresa Mejía Acevedo (fl. 1149).- Cuenta de cobro del 8 de noviembre de 2012, por valor de \$7.417.800, por concepto de servicio de camionetas TLA-491 Y SPZ-525 del mes de <u>octubre</u> de
--	--

	<p>2012 (fl. 1156).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuenta de cobro del 27 de diciembre de 2012, por valor de \$2.000.000, por concepto de servicio de camioneta SPZ-906 del mes de <u>noviembre</u> de 2012 (fl. 1160). - Relación de pago camioneta SPZ-906, mes de <u>noviembre</u> de 2012. Contrato Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$1.910.000 (fl. 1161).
<p>LUZ DARY BAUTISTA LÁZARO con NIT. 37.396.997, por valor de \$5.225.500</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Relación de pago camionetas TJN-511 de fecha 3 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>agosto</u> de 2012, total neto a pagar (no legible) (fl. 575). - Comprobante de egreso 00312 del 30 de octubre de 2012, por concepto pago cuenta de cobro camioneta TJN-511 por valor de \$1.832.000 (fl. 577). - Comprobante de egreso 00380 del 31 de octubre de 2012, por concepto pago cuenta de cobro camioneta TJN-511 por valor de \$1.378.400 (fl. 664). - Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$1.378.400 (fl. 664). - Relación de pago camioneta TJN-511 de fecha 29 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>septiembre</u> de 2012, total neto a pagar \$1.378.400 (fl. 664). - Relación de pago camioneta TJN-511 de fecha 22 de noviembre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>octubre</u> de 2012, total neto a pagar (no legible) (fl. 815). - Comprobante de egreso 00499 del 3 de noviembre de 2012, por concepto pago cuenta de cobro camioneta TJN-511 por valor de \$1.226.300 (fl. 816). - Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$1.226.300 (fl. 816).
<p>ROCÍO PANESSO BERMONT con NIT. 60.275.300, por valor de \$10.507.073</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Comprobante de egreso 00375 del 29 de octubre de 2012, por concepto pago administración camioneta TJN-223 por valor de \$2.028.400 (fl. 659). - Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$2.028.400 (fl. 659). - Relación de pago camioneta TJN-223 de fecha 29 de octubre de 2012. Contrato Epsilon, que especifica el pago que se

	<p>realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>septiembre</u> de 2012, total neto a pagar de \$2.028.400 (fl. 659).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuenta de cobro 001 del 26 de noviembre de 2012, suscrita por la señora ROCÍO PANESSO BERMON, por concepto alquiler de la camioneta TJN-223 mensualidad octubre de 2012, por valor de \$2.000.000 (fl. 829). - Relación de pago camioneta TJN-223 de fecha 3 de diciembre de 2012. Contrato Epsilon, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>agosto</u> de 2012, total neto a pagar de \$869.070 (fl. 830). - Comprobante de egreso 00506 del 3 de diciembre de 2012, por concepto pago administración camioneta TJN-223 por valor de \$2.771.070 (fl. 831). - Recibo individual de pago Bancolombia por valor de \$2.771.070 (fl. 831). - Relación de pago camioneta TJN-223 de fecha 22 de diciembre de 2012. Contrato Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>noviembre</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.910.000 (fl. 965). - Cuenta de cobro 002 del 28 de diciembre de 2012, suscrita por la señora ROCÍO PANESSO BERMON, por concepto mensualidad de la camioneta TJN-223 noviembre de 2012, por valor de \$1.980.000 (fl. 968). - Documento equivalente a factura de venta del 28 de diciembre de 2012, por concepto de pago camioneta TJN-223, mes de noviembre de 2012, Contrato Mejía Acevedo, por valor de \$1.980.000 (fl. 968). - Comprobante de egreso 00596 del 29 de diciembre de 2012, por concepto pago cuenta de cobro camioneta TJN-223 por valor de \$1.910.000 (fl. 971).
<p>ISAIAS GONZALEZ con NIT. 13.477.391, por valor de \$9.685.120</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Comprobante de egreso 00379 del 31 de octubre de 2012, por concepto pago administración camioneta <i>TJN-460</i> por valor de \$1.841.960 (fl. 663). - Recibo de pago parcial Bancolombia por valor de \$70.000 (fl. 663). - Relación de pago camioneta TJN-460 de fecha 30 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>septiembre</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.841.960 (fl. 668).

	<ul style="list-style-type: none"> - Relación de pago camioneta TJN-460 de fecha 30 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de septiembre de 2012, total neto a pagar de \$1.751.960 (fl. 720). - Relación de pago camioneta TJN-460 de fecha 3 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>agosto</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.111.600 (fl. 721). - Comprobante de egreso 00428 del 8 de noviembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-460 por valor de \$2.863.560 (fl. 722). - Relación de pago camioneta TJN-460 de fecha 22 de noviembre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, total neto a pagar de \$1.902.000 (fl. 826). - Comprobante de egreso 00504 del 3 de diciembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-460 por valor de \$1.902.000 (fl. 827). - Recibo de pago Bancolombia por valor de \$1.902.000 (fl. 827). - Relación de pago camioneta <i>TJN-460</i>, mes de <u>noviembre</u> de 2012. Contrato Mejía Acevedo, que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar, valor de \$1.910.000 (fl. 918). - Comprobante de egreso 00575 del 27 de diciembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-460 por valor de \$1.910.000 (fl. 919). - Recibo de pago Bancolombia por valor de \$1.910000 (fl. 827).
<p>ORLANDO PÉREZ DÍAZ con NIT. 79.496.141, por valor de \$7.786.42</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Comprobante de egreso 00378 del 31 de octubre de 2012, por concepto pago administración camioneta <i>TJN-506</i> por valor de \$1.911.960 (fl. 662). - Relación de pago camioneta TJN-506 de fecha 29 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de septiembre de 2012, total neto a pagar de \$1.911.960 (fl. 662). - Relación de pago camioneta TJN-506 de fecha 29 de octubre de 2012.

	<p>Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>septiembre</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.806.500 (fl. 724).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Comprobante de egreso 00430 del 9 de noviembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-506 por valor de \$1.826.460 (fl. 725). - Cuenta de cobro 001 del 29 de noviembre de 2012, suscrita por el señor ORLANDO PÉREZ DÍAZ, por concepto alquiler de la camioneta por valor de \$1.972.000 (fl. 818). - Relación de pago camioneta TJN-506 de fecha 22 de noviembre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>octubre</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.972.000 (fl. 819). - Comprobante de egreso 00500 del 3 de diciembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-506 por valor de \$1.972.000 (fl. 820). - Recibo de pago individual Bancolombia por valor de \$1.972.000 (fl. 820). - Relación de pago camioneta TJN-506 de fecha 22 de diciembre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>noviembre</u> de 2012, total neto a pagar de \$1.980.000 (fl. 921). - Comprobante de egreso ilegible del 27 de diciembre de 2012, por concepto pago de la cuenta de cobro de la camioneta TJN-506 por valor de \$1.980.000 (fl. 922). - Recibo de pago individual Bancolombia por valor de \$1.980.000 (fl. 922).
<p>ICSIS INGENIERÍA con NIT. 900.514.473, por valor de \$4.564.000</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Comprobante de egreso 00381 del 31 de octubre de 2012, por concepto pago administración camioneta VEK-003 por valor de \$1.992.000 (fl. 665). - Recibo de pago individual Bancolombia por valor de \$1.992.000 (fl. 665). - Relación de pago camioneta VEK-003 de fecha 29 de octubre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>septiembre</u> de

	<p>2012, total neto a pagar de \$1.992.000 (fl. 666).</p> <ul style="list-style-type: none">- Relación de pago camioneta VEK-003 de fecha 22 de noviembre de 2012. Contrato Empresa Mejía Acevedo S.A., que especifica el pago que se realiza al propietario, con sus descuentos y valor total a pagar mes de <u>octubre</u> de 2012, total neto a pagar de \$2.572.000 (fl. 825).- Comprobante de egreso ilegible del 3 de diciembre de 2012, por concepto pago cuenta de cobro camioneta VEK-003 por valor de \$2.572.000 (fl. 825).
--	---

Revisado en contenido de las anteriores pruebas, la Sala encuentra que la decisión de la DIAN de no aceptar dichos pagos realizados por la parte demandante a terceros propietarios de vehículos que prestaban el servicio de transporte especial, los cuales suman un valor total de \$ 64,042,039, se ajustó a derecho, pues la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS** no cumplió con la ritualidad plateada en el artículo 102-2 del Estatuto Tributario, esto es, de efectuar el registro de los ingresos por los servicios de transporte con vehículos de propiedad de terceros, detallando de la negociación la parte correspondiente al propietario del vehículo y la parte que le correspondía a la sociedad, una vez descontado el ingreso del propietario del vehículo, a fin de poder diferenciar cuáles fueron los ingresos de la empresa transportadora aquí demandante y los del propietario del vehículo, pues si bien los soportes aportados contienen cuentas de cobro de los propietarios de los vehículos, comprobantes de egreso, compra de combustible y facturas expedidas por la sociedad contribuyente, comprobantes de transacciones bancarias, que reflejan las transacciones efectuadas, también es cierto que de ellos no se logra extraer los ingresos de la misma y los correspondientes a los propietarios de los vehículos, para propósitos de los impuestos.

Respecto a tales costos, la parte demandante ha debido efectuar la depuración del impuesto, en los términos establecidos por el artículo 26 del Estatuto Tributario, una vez efectuado el registro cada uno (empresa transportadora y el propietario del vehículo), conforme lo exige el artículo 102-2 del Estatuto Tributario, para luego imputar a su respectivo ingreso los costos y gastos en que haya incurrido, siempre que sean legalmente procedentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se mantiene el rechazo de costos por tales aspectos, por ende, el **cargo de violación no prospera**.

2.3.4.5. Otros pagos sin soportes.

El apoderado de la parte demandante manifestó en relación con la suma de \$4.234.020, de la cual, la administración rechazó el valor de \$2.100.000, correspondiente al arriendo de la oficina ubicada en la ciudad de Cúcuta, rechazo que se sustentó en la carencia de soporte, razón por la cual, adjuntó dichos comprobantes; también expuso que se rechazaron valores pequeños correspondientes al señor Mario Cárdenas Yáñez y a proveedores de la sociedad, destacando la informalidad tributaria que predomina en el municipio de Tibú, considerando que la única manera de poder contabilizar tales erogaciones, es mediante la figura del comprobante de egreso, anexando los mismos.

Una vez revisados los antecedentes administrativos, se tiene que la suma de \$2.100.000, fue aceptada por la DIAN, siendo rechazada la suma de \$2.134.020, correspondiente al señor Mario Cárdenas Yáñez, por concepto de pagos a proveedores de la sociedad, al no aportarse documentos diferentes a comprobante de egreso, o documento alguno idóneo para acreditar dichos pagos, destacando la importancia de la formalidad que plantea el artículo 771-2 del E.T., señalando que la administración no se puede endilgar la responsabilidad a sí misma por el incumplimiento de las obligaciones de la parte demandante, a fin de acreditar los pagos que ocupan el presente cargo.

Al respecto, se observa a folios 1275 a 1278 del CD de antecedentes administrativos, que efectivamente fueron aportados comprobantes de egreso para probar los siguientes pagos realizados al señor Mario Cárdenas Yáñez:

DD	MM	Concepto	Valor	Folio CD antecedentes administrativos
29	oct	Pago de proveedor	450.000	1275
31	oct	Pago de proveedor	360.020	1278
4	dic	Abono a préstamo hecho por el Ing. Mario	324.000	1276
22	dic	Pago total a deuda Ing. Mario	1.000.000	1277
Total:			2.134.020	

Sobre la procedencia de deducciones que no están respaldadas con facturas, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. William Giraldo Giraldo, precisó lo siguiente:

“Para el Tribunal, como las cuentas de cobro, los contratos de arrendamiento, los comprobantes de egresos, las órdenes de pago y las facturas electrónicas contenían toda la información que señalaba el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, como nombre del vendedor, identificación, descripción de los bienes o servicios, fecha de operación y valor, se debían aceptar como prueba de las deducciones y, además, porque estaba probada la realidad del pago con los comprobantes de egreso.

Para la Sala el Tribunal no debió aceptar estas partidas, porque para la procedencia de los costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, el artículo 771-2 del estatuto Tributario señala que se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario. Que cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que legalmente se establezcan. (...)

De acuerdo con las disposiciones citadas y en relación con el requisito de las facturas para la procedencia de los costos y deducciones, la Sala ha considerado que no es una mera formalidad . Lo anterior por cuanto esta exigencia tiene como finalidad, no sólo servir de fuente de información para el control del recaudo de los impuestos, sino para establecer, con certeza, la existencia y transparencia de las transacciones económicas que dan lugar a las deducciones. Así lo precisó la Corte Constitucional mediante sentencia C-733 de 2003, la cual declaró la exequibilidad del artículo 771-2 del Estatuto Tributario. (...)

*(...) **En materia tributaria la libertad probatoria no es absoluta, pues en ciertos eventos el legislador puede exigir la presentación de documentos privados, como sucede con la factura, para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta (Resalta la Sala).**” (se destaca)*

Así mismo, en sentencia de tutela proferida el 28 de septiembre de 2017, dentro del proceso identificado con el radicado 11001-03-15-000-2017-02174-00(AC), nuestro órgano de cierre reiteró los fundamentos antes plasmados, agregando que *“la obligación de exhibir los soportes ante los funcionarios de la DIAN recae sobre el adquirente de servicios, que en este caso es la sociedad accionante”*; de este modo, para esta Sala no existe duda alguna de que la norma establece una tarifa legal probatoria, de manera que para la procedencia de los costos y deducciones solicitados por la sociedad contribuyente, esta debió presentar las facturas que los respalden, y no comprobantes de egreso como se observa en el plenario.

En consecuencia, **el cargo de violación no prospera.**

2.3.5. OTROS PAGOS SIN SOPORTES.

La sociedad contribuyente manifestó su desacuerdo en cuanto al rechazo de la suma de \$2.946.240, correspondiente a pago de combustible, basándose la administración en el artículo 771-2 del E.T., el cual exige la presentación de la factura; alegando el apoderado, que el numeral 4 del artículo 2 del Decreto 1001 de 1997, señala las personas que no están obligadas a facturar, dentro de los cuales se encuentra *“los distribuidores minoristas de combustibles derivados del petróleo y gas natural comprimido, en lo referente a este producto.”*; además, precisó que el artículo 3 del Decreto 3050 de 1997, señala los requisitos para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables por operaciones realizadas con no obligados a facturar, destacando que la cuenta de cobro es un soporte fiscal de costos y deducciones, cuando el que adquiere el bien o el servicio no es responsable del IVA.

Pues bien, analizados los antecedentes administrativos, se observa a folio 48 reverso de la Liquidación Oficial de Revisión, que la DIAN al verificar los soportes adjuntos por el señor apoderado, decidió declarar procedente la aceptación del valor de \$2.946.240 correspondiente al *“PAGO PROVEEDOR SIN SOPORTE combustible”*; ahora, teniendo en cuenta que la administración aceptó el valor por el cual se genera el presente cargo de violación, no hay razón para controvertir el reconocimiento del mismo.

Por lo anterior, la Sala no emitirá pronunciamiento alguno en el cargo sub exámine, al no ser modificada la liquidación privada en ese aspecto.

2.3.6. SIN SOPORTE QUE CORRESPONDEN A GASTOS FINANCIEROS.

En el presente cargo, el apoderado de la parte demandante manifestó que muchos de los pagos correspondientes a proveedores, se hace usando el medio magnético de datáfono del proveedor, facilitado por REDEBAN, alegando que la sociedad contribuyente comunicó a la DIAN que dichos documentos se extraviaron y fueron solicitados nuevamente a la prenombrada, sin que la misma haya dado respuesta; razón por la cual, solicitó a la entidad demandada dar aplicación al principio de equidad y justicia consagrado en el artículo 683 del E.T., y requiera a REDEBAN, para que aporte directamente a esa entidad los respectivos soportes.

Al respecto, se tiene que efectivamente la DIAN decidió modificar el renglón de *“Gastos operacionales de Administración”* de la liquidación privada de la sociedad contribuyente, disminuyendo la suma de \$33.548.208, al señalar que la carga de la prueba le corresponde a quien pretenda hacerla valer dentro del proceso, correspondiéndole a la demandante probar los hechos que se discuten por parte de la administración.

Pues bien, al tenor de lo normado en el artículo 746 del ET, lo consignado en las declaraciones de impuesto de renta se presume como cierto, excepto en aquellos casos en los que no se requiera comprobación especial ni la ley lo haya exigido. No obstante, el artículo 742 del ET prevé que las decisiones de la autoridad deben fundarse en hechos debidamente probados mediante los medios respectivos.

En ese sentido, primigeniamente le compete a la DIAN, a través de las facultades de fiscalización, desvirtuar la presunción predicable de la declaración a modificar, a través de los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico. Empero, el Consejo de Estado³⁵ ha entendido que: *“la carga probatoria asignada a la DIAN no es absoluta, pues una vez se entienda desvirtuada la presunción reconocida en la declaración, en virtud del artículo 742 del ET operan las instituciones probatorias previstas en el procedimiento civil y en particular, el artículo 167 del Código General del Proceso, que dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Concluyó al respecto el Consejo de Estado:

“Lo dicho resulta relevante en lo que respecta a la prueba de los aspectos negativos de la base imponible (costos, gastos, impuestos descontables, compras), en cuyo caso, según las voces del artículo 167 ibid, la carga de la prueba recae en cabeza del sujeto pasivo, pues es quien los invoca. A contrario sensu, en aquellos casos en donde se pretenda alterar el aspecto positivo de la base gravable (entiéndase adición de ingresos u operaciones sometidos a tributación), la carga se asigna a la autoridad quien de igual manera, se constituye como el sujeto que invoca a su favor la modificación del caso”.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que la DIAN, en uso de sus facultades legales, puede adelantar las inspecciones tributarias correspondientes en aras de verificar la realidad económica de los contribuyentes, facultándosele inclusive la modificación de las declaraciones de no poderse comprobar la información suministrada, correspondiéndole a la sociedad contribuyente acreditar el contenido de su declaración, situación que no aconteció en el *sub lite*, toda vez que la misma no acreditó la realización efectiva de las transferencias, pues si bien, solicitó a REDEBAN la constancia de las mismas, no logró probar de alguna otra forma las transacciones declaradas, en consecuencia, **el cargo de violación no prospera**.

2.3.6.1. DEDUCCIÓN IMPROCEDENTE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 115 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.

El apoderado de la parte demandante, manifiesta que el fundamento del rechazo de la suma de \$145.700, se dio en razón del artículo 115 del Estatuto Tributario, sin que la misma tuviese en cuenta lo manifestado en el artículo 107 ibídem, resaltando que resulta deducible el impuesto de rodamiento cancelado por la sociedad contribuyente, por ser una expensa necesaria para la actividad productora de renta, además de reunir los requisitos necesarios del mismo, esto es, la causalidad, la proporcionalidad y la anualidad.

Revisados los antecedentes administrativos, se logró extraer que la suma objeto del presente cargo, fue rechazada teniendo en cuenta que el artículo 115 del E.T. señala en forma taxativa cuáles impuestos, con qué condición y en qué porcentaje

³⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 31 de mayo de 2018, rad. 08001-23-33-000-2012-00442-01 (201813).

son deducibles, manifestando que ningún otro impuesto puede ser depurado de la renta, aunque su pago haya estado vinculado a la actividad generadora de la renta.

En primera medida, se tiene que el artículo 115 del E.T. resulta ser el fundamento del rechazo por parte de la administración, toda vez que en dicha norma se enmarcó lo siguiente:

“ARTÍCULO 115. DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS PAGADOS. Es deducible el cien por ciento (100%) de los impuestos de industria y comercio, avisos y tableros y predial, que efectivamente se hayan pagado durante el año o período gravable siempre y cuando tengan relación de causalidad con la actividad económica del contribuyente. La deducción de que trata el presente artículo en ningún caso podrá tratarse simultáneamente como costo y gasto de la respectiva empresa.”

Recordemos entonces, que el motivo de la negativa por parte de la DIAN se dio en razón a que la norma anterior enuncia taxativamente cuáles son los impuestos deducibles, esto es, los impuestos de industria y comercio, avisos y tableros y predial, sin que en el mismo se enuncie el impuesto de rodamiento.

Así mismo, el apoderado de la sociedad contribuyente expuso que la deducción debía realizarse en razón del artículo 107 de E.T., en el cual se dispone lo siguiente:

“ARTICULO 107. LAS EXPENSAS NECESARIAS SON DEDUCIBLES. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.”

El Consejo de Estado, sobre los requisitos que deben tener las expensas deducibles, en sentencia del 30 de agosto de 2016, proferida dentro del radicado 760012331000-2009-00353-01, explicó lo siguiente:

“Sobre las expensas necesarias, ha dicho la Sala que corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos esta no se puede obtener. Son indispensables aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige la norma, lo esencial es que el gasto sea “normalmente acostumbrado en cada actividad”, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes. (...)

*(...)Aclarado lo anterior, precisa la Sala, para el caso en discusión que únicamente gozan de la posibilidad de llevar como deducción en el impuesto sobre la renta los valores que acrediten de manera clara que cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 107 del E.T., esto es, la causalidad entre el gasto y la renta obtenida, la necesidad de que el gasto intervenga de manera directa o indirecta en la obtención de la renta y la proporcionalidad entre la magnitud del gasto y el beneficio que se genere.”
(Se destaca)*

De lo anterior, se extrae entonces que las expensas deducibles corresponden a los gastos que se realicen de manera forzosa, además, dichos gastos deben ser esporádicos y no permanentes, cumpliendo con la causalidad, necesidad y proporcionalidad.

Para el caso *sub exámine*, lo que se pretende deducir es el impuesto vehicular o de rodamiento, el cual grava la propiedad de los vehículos automotores, de modo, que la mera existencia del vehículo genera el inminente pago del impuesto, siendo también un pago periódico, ya que el mismo se hace de manera anualizada.

Así las cosas, la Sala concluye que el impuesto vehicular o de rodamiento no puede ser considerado una expensa deducible, en consecuencia, **el cargo de violación no prospera.**

2.3.7. HONORARIOS DE REPRESENTANTE LEGAL

La parte demandante, inicialmente reprocha el desconocimiento de las normas tributarias por parte de los funcionarios del área de fiscalización, recalcando que el pago de los honorarios ha sufrido en materia de retención cambios trascendentales para los trabajadores independientes que reciban su pago a través de esta figura, resaltando lo enmarcado en el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 17 de la Ley 1527 de 2012, concluyendo que si se hubiere convertido los \$700.000 de honorarios cancelados a la representante legal al UVT del año 2012, se obtendría una suma menor a las 95 UVT, con que inicia el artículo 383 del E.T., como lo ordenó inicialmente la Ley 1450 de 2011, resultando inferior si se toma como referencia los 100 UVT de retención en la fuente por ley 1527 de 2012.

Pues bien, analizados los antecedentes administrativos, se observa a folio 51 de la Liquidación Oficial de Revisión, que la DIAN al considerar las pruebas que obran dentro del expediente, encontró que a la representante legal de la sociedad contribuyente inicialmente se le realizaron pagos por honorarios y posteriormente se le dio el tratamiento de nómina, y una vez consultado el RUT, se descubrió que la señora Torrado Jiménez para el año gravable 2012, ostentaba la calidad de responsable del impuesto a las ventas del régimen simplificado, razón por la cual se decidió declarar procedente la aceptación del valor de \$4.900.000 correspondiente al pago de honorarios de la representante legal.

Ahora, teniendo en cuenta que la administración aceptó el valor por el cual se genera el presente cargo de violación, no hay razón para controvertir el reconocimiento del mismo; por lo anterior, la Sala no emitirá pronunciamiento alguno en el cargo *sub exámine*, al no ser modificada la liquidación privada en ese aspecto.

2.3.8. SANCIÓN POR INEXACTITUD.

Conforme con el artículo 647 del ET36, es claro que constituye inexactitud sancionable (i) la omisión de ingresos, la inclusión de costos, deducciones o descuentos inexistentes y (ii) en general, la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados; siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor.

³⁶ Texto vigente antes de la modificación introducida por el artículo 287 de la Ley 1819 de 2016.

“ARTÍCULO 647. SANCIÓN POR INEXACTITUD. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior”.

En este orden de ideas, la sanción por inexactitud impuesta en los actos administrativos se encuentra ajustada a derecho y se debe mantener, teniendo en cuenta lo resuelto en esta sentencia, es decir, en relación con las sumas que se mantienen rechazadas.

También, al compararse la regulación de la sanción por inexactitud consagrada en el artículo 647 del Estatuto Tributario³⁷, se tiene que esta fue modificada por la Ley 1819 de 2016, donde se aprecia que ésta última establece una sanción más favorable para el sancionado en tanto disminuyó el valor del 160% -establecido en la legislación anterior- al 100% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor determinado en la liquidación oficial y el declarado por el contribuyente.

Al respecto, a folio 52 reverso de la Liquidación Oficial de Revisión, se observa que la DIAN realizó el cálculo de dicha sanción en un porcentaje de 160%, también se aprecia a folio 91 reverso del Anexo Explicativo del Recurso de Reconsideración, que **dicho valor fue modificado siendo calculado en un porcentaje de 100%**, lo que se adecua a lo preceptuado en la Ley 1819 de 2016.

2.3.9. SANCIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL.

Conforme al artículo 658-1, 659 y 660 del Estatuto Tributario, debido a la inclusión de costos inexistentes en la declaración de renta del año gravable 2012, la sanción impuesta a la persona natural que ostentaba la calidad de representante legal de la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, se encuentra ajustada a derecho, y se debe mantener, teniendo en cuenta lo resuelto en esta sentencia, de conformidad al principio de proporcionalidad.

2.4. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, presupuestos que no se configuraron en la presente etapa procesal.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda interpuesta por la sociedad **TRANSPORTE ESPECIAL INTEGRAL POR LOS RINCONES DE COLOMBIA SAS**, a través de apoderado judicial en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, de conformidad con los considerandos del presente fallo.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, conforme a lo expuesto anteriormente.


³⁷ Artículo 647. Sanción por inexactitud. [...]

La sanción por inexactitud será equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, determinado en la liquidación oficial, y el declarado por el contribuyente o responsable. Esta sanción no se aplicará sobre el mayor valor del anticipo que se genere al modificar el impuesto declarado por el contribuyente.

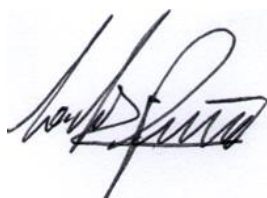
TERCERO: Una vez en firme la presente, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral Virtual de Decisión N° 2 del 18 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-001-2016-00239-01
Accionante: Pedro Segundo Contreras Contreras
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (Fls 184-193) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

El demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial de los actos administrativos **Resolución N° 0081 del 26 de marzo de 2006** y la **Resolución No. 0287 del 20 de junio de 2016**, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a su favor y se ordenó la reliquidación de la misma, respectivamente, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de adquirir el estatus de pensionado y antes de su retiro definitivo del servicio, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril

¹ Folios 172 al 174 del Cuaderno Principal

de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público así:

“(I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

“(II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación del señor Pedro Segundo Contreras Contreras al servicio docente, esto es el 26 de mayo de 1977, el régimen aplicable al mismo es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional y para la reliquidación de la misma el último año antes de su retiro definitivo del servicio, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que el accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que el accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

² Folios 184 al 193 del Cuaderno Principal

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso

Con auto del diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 201) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020) (fl. 206) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 23 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día veintidós (22) de enero de dos mil veinte (2020).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, expone que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso

³ Folios 208 al 225 del Cuaderno Principal

administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La parte accionada no presentó alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada?, o, por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada del accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el día ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación del demandante y la reliquidación de la misma, se ajustaron al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

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

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. Régimen de 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. (Subrayado por la Sala)

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁴, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁵.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "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".

⁴ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁵ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

*El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁶.*

En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

*Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente. (...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

✓ *Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.*

⁶ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"
"ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

✓ **Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

(...)

1. 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.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁷. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de

⁷ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que el señor Pedro Segundo Contreras Contreras:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor a 20 años desde el 26 de mayo de 1977 hasta el 10 de octubre de 2015⁸ fecha en la que se retiró definitivamente del servicio.

(ii) Ostenta la calidad de pensionado, a través de la Resolución N° 0081 del 29 de marzo de 2006, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de San José de Cúcuta.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

- Asignación mensual.
- Los factores salariales devengados durante el último año de servicio como docente antes del cumplimiento del estatus de pensionado, según consta a folio 32 del expediente son:
 - Asignación básica
 - Prima de alimentación
 - Prima de navidad
 - Prima vacacional

El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionado. Como se observa, los factores devengados por el demandante que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fueron: la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la prima de navidad.

⁸ Folio 24 del Cuaderno Principal.

(iv) Mediante Resolución N° 0287 del 20 de junio de 2016⁹ se ordenó el reconocimiento y pago de la reliquidación de pensión de jubilación del accionante.

- Los factores salariales que sirvieron como base para la reliquidación de la pensión de jubilación del accionante durante el último año de servicios como docente antes de su retiro definitivo, según consta a folio 23 del expediente fueron:
 - Promedio asignación mensual último año
 - Bonificación mensual Dc. 1/06/2014
 - Alimentación
 - 1/12 prima de vacaciones
 - 1/12 prima de navidad

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente antes de su retiro definitivo del servicio, según consta a folio 35 vuelta del expediente son:
 - Asignación básica.
 - Bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15
 - Pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc
 - Prima de alimentación especial
 - Prima de navidad.
 - Prima de servicios
 - Prima de vacaciones docentes.

El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de su retiro definitivo como docente. Como se observa, los factores devengados por el demandante que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fueron: la prima de servicios y el pago sueldo de vacaciones y/o receso escolar doc.

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2° de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que al demandante estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁹ Ver folios 22 a 24 del expediente.

El señor Pedro Segundo Contreras Contreras en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho el prenombrado en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: El demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de alimentación, factores que no estaban incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha ocho (08) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

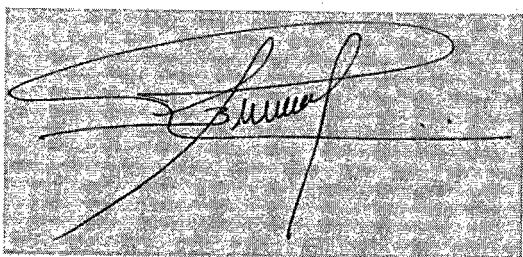
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

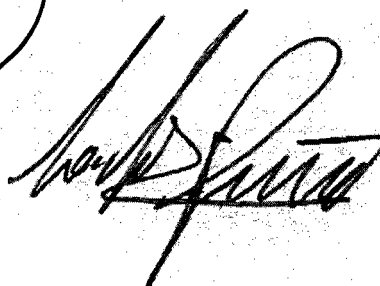
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-001-33-33-004-2014-01253-01
ACCIONANTE:	JESUS RINCÓN
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el **26 de junio de 2018**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Síntesis del asunto:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad del acto administrativo **oficio OFI14-16585 del 18 de marzo de 2014**, emanado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a la reliquidación y pago de la pensión de invalidez del señor **JESUS RINCÓN** con la inclusión de la partida correspondiente al subsidio familiar en proporción a lo que venía percibiendo en actividad, esto es, 62.5%, a partir del 11 de abril de 2012; el pago efectivo e indexado del dinero correspondiente a la diferencia que resulte del reajuste solicitado y las sumas efectivamente canceladas hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; los intereses moratorios sobre el dinero dejado de pagar desde que se generó el derecho de la asignación de retiro; gastos, costas procesales y agencias en derecho, y darle cumplimiento a la sentencia en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.2 La sentencia apelada:

El *A quo*, en la sentencia (fls. 103 a 107), decidió declarar la nulidad del acto administrativo demandado, y a su vez condenó a la entidad demandada, a efectuar el reajuste y reliquidación de la pensión de invalidez de la que es beneficiario el señor **JESUS RINCÓN**, desde el 30 de agosto de 2011, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que se le venía reconociendo a la fecha de su retiro.

Además ordenó pagar las diferencias existentes entre lo debido y lo efectivamente cancelado por concepto de pensión de invalidez, a partir del 30 de agosto de 2011 y hasta que se dé cumplimiento al fallo, realizando la respectiva actualización de valores conforme el artículo 187 del CPACA.

Para llegar a tomar la anterior decisión, adoptó la tesis consistente en que la parte demandante tiene el derecho a que su prestación le sea reliquidada con fundamento en la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje que se le venía reconociendo a la fecha de su retiro, en aplicación del derecho fundamental a la igualdad, habida cuenta que una conclusión diferente implicaría un trato discriminatorio por no estar

sustentado en criterios razonables, argumento suficiente para inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, entendida ésta como un mecanismo viable para inaplicar una norma que va en detrimento de la constitución, cuando aún no se ha efectuado un juicio de constitucionalidad sobre la primera, ejerciéndose por ende un control concreto de la disposición objeto de reproche en cabeza de todos los jueces de la república por mandato expreso del artículo 4 superior.

1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada:

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, la demandada, mediante apoderada, la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada, solicita que se revoque la sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones, aduciendo la legalidad de las actuaciones efectuadas por la entidad y la correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, argumenta que el subsidio familiar no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento de las prestaciones del personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales, teniendo en cuenta lo establecido en el literal 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por lo que no hay derecho a que la parte demandante se le incluya este porcentaje para que sea reajustada su pensión de invalidez por expresa prohibición de la norma (fls. 114-115).

1.4 Trámite procesal de segunda instancia:

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA.

Durante el término de traslado concedido, las partes intervinieron así:

1.4.1. Parte demandante:

Nuevamente ratifica los argumentos planteados en la demanda y durante el trámite procesal, solicitando confirmar el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, de incluir como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que venía percibiendo el demandante en actividad, para lo cual trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado (fls. 136 a 143).

1.4.2. La entidad demandada:

Por intermedio de su apoderada, efectúa una breve exposición del régimen prestacional que cobija a los miembros de las fuerzas militares, para luego citar el contenido del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, con base en la cual concluye que el subsidio familiar no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento de pensiones del personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales, por lo que se debe revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, ya que la parte demandante no le asiste el derecho a que se le incluya éste porcentaje para que le sea reajustada su pensión de invalidez, por expresa prohibición legal (fls. 154-155).

1.4.3. Del Ministerio Público:

No se pronunció en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico:

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el *sub lite* consiste a establecer si se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, el reajuste y reliquidación de la pensión de invalidez del señor **JESUS RINCÓN**, incluyendo como partida computable el subsidio familiar según el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

2.3. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico:

La Sala procederá a revocar el fallo dictado por el *A quo* y negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con la subregla fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, consistente en que los soldados profesionales que causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal, y en el caso en concreto el exsoldado profesional **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión a partir del **30 de agosto de 2011**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala:

2.4.1 Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del **25 de abril de 2019**, con ponencia del magistrado William Hernández Gomez¹, sobre la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, ha llegado a la conclusión de que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. Veamos:

“5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de

¹ , radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, accionante: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA, demandado: CREMIL.

los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento:

(..)

Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 20161, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad". (Negrilla de la Sala).

Con base en los anteriores razonamientos, el Alto Tribunal fijó la 3 subregla de unificación consistente en que *“Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal”*.

Aunado a lo anterior, precisó que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Atendiendo el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

2.4.2. Caso en concreto. Conclusiones:

En el *sub exámine*, una vez verificado el contenido de los antecedentes administrativos, en especial, del expediente de reconocimiento de asignación de retiro y que contiene la hoja de servicios y el acto administrativo de reconocimiento correspondiente al señor **JESÚS RINCÓN**, la Sala encuentra acreditado que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión de invalidez, el día **30 de agosto de 2011**, habiendo prestado sus servicios, primero el servicio militar obligatorio, luego como **soldado voluntario** y finalmente como **soldado profesional**, categoría en la cual se mantuvo hasta el momento de su retiro.

De dicha documentación también se advierte que como el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional, tiempo durante el cual sufrió una lesión por acción directa del enemigo en el restablecimiento del orden público o conflicto internacional, siendo calificado con una pérdida del 100% de la capacidad laboral, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** le reconoció pensión de invalidez a través de la **Resolución 1117 del 11 de abril de 2012**, a partir del **30 de agosto de 2011** (fls. 34-35).

Del mismo modo, se resalta que el **6 de marzo de 2014**, el señor **JESÚS RINCÓN** solicitó a la entidad demandada el reajuste de su pensión, el cual fue resuelto negativamente por la entidad a través del **oficio OFI14-16585 del 18 de marzo de 2014**, al considerar que su prestación se liquidó en los términos señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con las partidas computables a que había lugar (fl. 31).

Pues bien, analizado el caso en concreto, la situación del demandante, teniendo en cuenta que cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, se encuadra en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en la sentencia de unificación, acorde la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por consiguiente, hay lugar a revocar la decisión del *A quo*, que ordenó a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión de este emolumento.

2.4.3. Costas:

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, ya que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas

cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

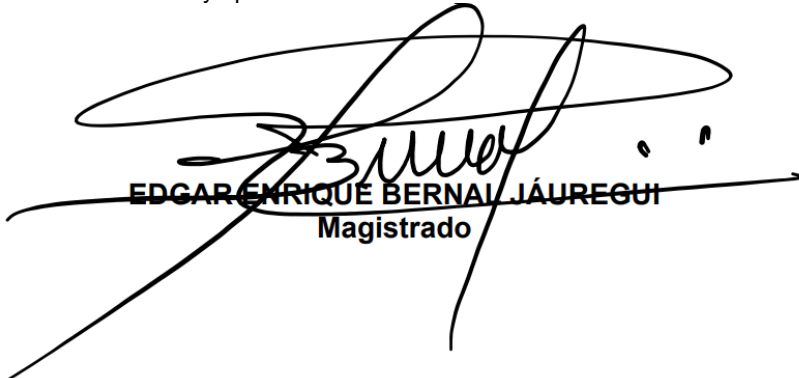
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el día **26 de junio de 2018**, por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

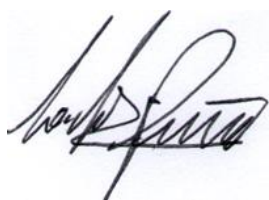
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral Virtual N° 2 del 18 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-004-2014-01406-01
DEMANDANTE:	ERNESTO RUBIANO MARTINEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite procesal de primera instancia, procederá esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **parte demandante**, en contra de la sentencia proferida por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, en audiencia inicial adelantada el día **15 de marzo de 2018**.

1. ANTECEDENTES

1.1. Objeto del proceso:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, **oficio 2014-53504668641 MDN-CGFM-CE-DIPSO-CES-22.1 del 8 de mayo de 2014**, expedido por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, y **oficio 211-2014-43463 (CREMIL-61172) del 27 de junio de 2014**, emanado de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, a través de los cuales se negó la reliquidación de la asignación de retiro solicitada por el señor **ERNESTO RUBIANO MARTINEZ**, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, además del pago de las sumas resultantes entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por dicho concepto desde 1997.

1.2. La sentencia apelada¹:

El **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, en la providencia recurrida dictada en audiencia inicial, resolvió desestimar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la situación del demandante no se enmarca dentro de los parámetros indicados por el Consejo de Estado para ser acreedor del incremento de su asignación conforme el IPC del año anterior, pues su prestación le fue reconocida mediante la Resolución 02359 del 11 de mayo de 2011, es decir, no habría lugar a reconocimiento alguno, debido a que se encontraba en servicio activo entre los años 1997 a 2004, anualidad en las cuales en algunas ocasiones el IPC fue más alto que el principio de oscilación. Como tampoco puede ordenarse el reajuste de la hoja de servicios 3-79542375 del 23 de marzo de 2011, adicionando los porcentajes del IPC, en la medida en que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, solo le era aplicable a las asignaciones de retiro y no a lo percibido en actividad.

1.3. Contenido del recurso de apelación propuesto²:

¹ Folios 151 a 154.

² Folios 166 a 179.

El apoderado de la **parte demandante** interpone recurso de apelación en contra de la referida sentencia, solicitando que se revoque la misma, y que en su lugar se acceda a la reliquidación de la asignación de retiro del actor a partir del 1 de enero de 1997 con el porcentaje más favorable, para los años 1997, 1999 y 2001, entre el incremento decretado para la Fuerza Pública y el IPC, de conformidad al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta las demás pretensiones de la demanda.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

Impetrado oportunamente el recurso anteriormente enunciado, y siendo concedido por el *A quo*, se remite el expediente a esta Corporación, procediéndose a surtir el trámite de segunda instancia, para lo cual se admite el recurso de apelación y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descorrido de la siguiente manera:

1.4.1 Parte demandante³:

Nuevamente ratifica los argumentos planteados en la demanda, durante el trámite procesal y junto con el recurso de apelación, solicitando revocar el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar se acceda a las mismas, con base en el principio de favorabilidad, la protección a la seguridad social, entre otros, y la línea jurisprudencial de las Altas Cortes sobre el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor, de orden constitucional e imprescriptible, excepto en el pago de las diferencias que se reflejen en el reajuste.

Agrega que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al reajuste de la asignación de retiro de conformidad con el IPC, en tanto sea mas favorable que el establecido por el Gobierno Nacional, y que si bien a partir del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 dicha prestación no se efectuaría de conformidad con el IPC, sino en aplicación del principio de oscilación, la base de la asignación de igual forma deberá contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó, es decir, que no se deberá desconocer el incremento que la misma presentó.

1.4.2 La Parte demandada y el Ministerio Público:

No intervinieron en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico:

³ Folios 192 a 202.

Acorde a los argumentos expuestos por el apelante, la Sala es del parecer que el problema jurídico en el presente caso se contrae a determinar: ¿Si se encuentra ajustada o no a los preceptos normativos y jurisprudenciales la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial del día **15 de marzo de 2018** por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda?, y por ende, ¿Si se debe revocar dicha providencia, y en su lugar declarar la nulidad de los actos demandados, y en consecuencia, ordenar reliquidar la asignación de retiro del actor, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE, en los momentos en que dicho porcentaje fue superior al fijado por el Gobierno Nacional, y que éste reajuste se vea reflejado en la asignación de retiro que le fue reconocida.?

2.3. Decisión:

La Sala negará las pretensiones de la demanda, ya que, tal y como lo explicó el *A quo*, la situación fáctica en la que se encuentra el señor **ERNESTO RUBIANO MARTINEZ**, no se encuadra dentro de los parámetros indicados por el Consejo de Estado para hacerse acreedor al incremento de su asignación conforme al IPC del año anterior, pues su prestación le fue reconocida mediante la **Resolución 2359 del 11 de mayo de 2011**, con efectos a partir del **1 de junio de 2011**, de lo que se infiere que el primer incremento sería el correspondiente al año **2012**, fecha para la cual ya se encontraba rigiendo la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año.

2.4. Argumentos de la decisión:

2.4.1 Reajuste de la asignación de retiro del régimen especial militar de conformidad a la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC.

Debido a las condiciones de servicio de los miembros de la Fuerza Pública, se estableció un régimen prestacional especial, al respecto mediante el Decreto 1211 de 1990, que en su artículo 169, dispuso el reajuste de la asignación de retiro de dicho régimen, así:

“ARTICULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto”.

De conformidad a esta normatividad, los miembros de las Fuerzas públicas no podrán someterse a lo constituido en otro régimen distinto al de su categoría, en aras de preservar el principio de inescindibilidad, sin embargo, a su vez se señala que en el caso que la Ley autorice expresamente la aplicación de otro régimen pensional, será viable cobijarse bajo los presupuestos de las normas generales.

Posteriormente, se estableció el Régimen de Seguridad Social Integral, por medio de la Ley 100 de 1993, que en artículo 14 permitió el reajuste de pensiones con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, siendo viable dicha aplicación a los miembros de las fuerzas públicas, aunque se encuentren entre los sectores exceptuados establecidos en el artículo 279 de dicha normatividad, por así permitirlo expresamente la Ley 238 de 1995 en el parágrafo 4º del artículo 1º, que dispuso:

"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".

Es menester señalar, que la aplicación del IPC al reajuste de las asignaciones de retiro, solo es procedente a partir del año 1995 hasta el 2003, toda vez que se realizó un cambio de legislación, por medio del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, que fue reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, en donde se consagró el sistema de oscilación para la incrementación de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

De ahí que a partir de la promulgación de la Ley 923 de 2004 y su Decreto 4433 del mismo año, el reajuste no se hace más de acuerdo con el IPC, sino aplicando el índice de oscilación previsto en el artículo 42 de aquel decreto, tal y como lo ha dicho la jurisprudencia pacífica, constante y uniforme del Consejo de Estado⁴, que por el período comprendido entre los años 1995 y 2004, las asignaciones de retiro de los Fuerza Pública deben ajustarse con base en el IPC cuando el porcentaje sea más favorable que la aplicación del principio de oscilación, y el límite de este reajuste debe ir hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, que volvió a establecer el reajuste de asignaciones de retiro y de pensiones del personal de la Fuerza Pública teniendo en cuenta el principio de oscilación.

2.4.2. Caso en concreto

Del material probatorio allegado al expediente, tal y como se enunció en el acápite de hechos relevantes probados de la presente providencia, se observa que al señor **ERNESTO RUBIANO MARTINEZ**, mediante **Resolución 2359 del 11 de mayo de 2011**, la CREMIL le reconoció y ordenó pagar una asignación de retiro, efectiva a partir del **1 de junio de 2011** y en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado y las partidas legales computables (fls. 22 a 24).

Así mismo, se acreditó que mediante derecho de petición radicado el 28 de abril de 2014 (ver folio 16), la parte actora solicitó la reliquidación y pago de su asignación de retiro en *"los términos, formas y cuantías determinadas en el Art. 14 y Parágrafo 4 del Art. 279 de la Ley 100 de 1993 adicionado por la Ley 238 de 1995 (...)"* (ver petición en folios 17-18).

⁴ Lineamiento reiterado en sentencia del 10 de mayo de 2018, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, radicado interno: 3952-17.

Dicha solicitud, se evidencia, fue resuelta remitida por competencia por la Dirección de Personal del Ejército Nacional mediante **oficio 2014-53504668641 MDN-CGFM-CE-DIPSO-CES-22.1 del 8 de mayo de 2014** (fl. 16) dirigido a la CREMIL, quien a su vez se pronunció en forma negativa mediante **oficio 211-2014-43463 (CREMIL-61172) del 27 de junio de 2014**, (fl.19), considerando que *“los lapsos entre los cuales se presentaron diferencias entre el porcentaje del IPC y la aplicación del principio de oscilación del régimen especial del estatuto militar, fue entre 1997 a 2004 y para ese tiempo Usted no devengaba asignación de retiro, porque se encontraba en servicio activo”*.

Pues bien, acorde con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien las asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública deben reajustarse con fundamento en el IPC del año inmediatamente anterior, en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por así permitirlo la Ley 238 de 1995 y el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, y siempre que dicha forma de reajuste resulte más favorable que el principio de oscilación consagrado en el artículo 151 precitado, **también es cierto que dicho reajuste tiene como límite temporal, la promulgación de la Ley 923 de 2004 y su Decreto 4433 del mismo año, habida consideración que el artículo 42 del decreto prenombrado, volvió a establecer el principio de oscilación como forma de incrementar esta prestación.**

En ese orden de ideas, esta Sala de Decisión arriba a la conclusión que la situación fáctica en la que se encuentra el señor **ERNESTO RUBIANO MARTINEZ**, no se encuadra dentro de los parámetros indicados por el Consejo de Estado para hacerse acreedor al incremento de su asignación conforme al IPC del año anterior, pues su prestación le fue reconocida mediante la **Resolución 2359 del 11 de mayo de 2011**, con efectos a partir del **1 de junio de 2011**, de lo que se infiere que el primer incremento sería el correspondiente al año **2012**, fecha para la cual ya se encontraba rigiendo la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año.

Así las cosas, la Sala pasara a **confirmar** en su integridad la sentencia apelada.

2.5. Condena en costas:

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia a la entidad recurrente, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, presupuestos que no se configuraron en la presente etapa procesal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión Oral 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, en audiencia realizada el día **15 de marzo de 2018**, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Oral de Decisión Virtual N° 2 del 18 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-005-2015-00377-01
DEMANDANTE:	LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR – URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (DAS SUPRIMIDO)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite procesal de segunda instancia, procederá esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** en contra de la sentencia proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta** el día **23 de marzo de 2018**.

1. ANTECEDENTES

1.1. Objeto del proceso:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la Jefatura Oficina Asesora Jurídica de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, negó solicitudes de los demandantes, tendientes al reconocimiento e inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial en la reliquidación de prestaciones sociales, y por ende, en calidad de restablecimiento del derecho, se le condene a reajustar, liquidar y pagar las prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro (cesantías e intereses a las cesantías, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de navidad, primas de vacaciones, primas de servicios y primas de antigüedad), incluyendo como factor salarial en la base de liquidación la prima de riesgo, así como que se reconozca y pague los intereses comerciales y de mora causados desde el momento de exigibilidad de las obligaciones hasta cuando efectivamente se produzca el pago, y se incluya de manera regular en nómina y se reconozca y pague el ajuste al valor o indexación laboral sobre las sumas que resultaren adeudadas, se condene en costas y agencias en derecho, y se ordene dar cumplimiento al fallo según los parámetros establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.2. La sentencia apelada:

El **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, en la providencia recurrida, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política, en aquellos casos en que los ex empleados del DAS devengaron la prima de riesgo, es procedente inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto dispone que no constituye factor salarial, por ser contrario a los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, consagrados en el artículo 53 de la Carta, artículo 1 del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario, Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional relativas al salario.

En consecuencia, decidió acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos acusados, y como restablecimiento del derecho, ordenó a

la demandada reconocer y pagar a los demandantes la suma resultante de la diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en las peticiones radicadas el 11 y 17 de diciembre de 2014, dejados de percibir por el señor **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR** desde el 11 de diciembre de 2011, por la configuración del fenómeno prescriptivo hasta el 2 de julio de 2014 fecha de su desvinculación, y los dejados de percibir por el señor **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ** desde el 11 de diciembre de 2011, por la configuración del fenómeno prescriptivo hasta el 30 de abril de 2014 fecha de su desvinculación, en ambos casos tomando en cuenta el salario base incluyendo en dicho cómputo la denominada prima de riesgo.

Por último, declaró prescritas las sumas reclamadas con antelación al 10 y 16 de diciembre de 2014, inclusive, de conformidad con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 108 del Decreto 1848 de 1969, absteniéndose de condenar en costas por no encontrar probada su causación (fls. 200 a 210).

1.3. Contenido del recurso de apelación propuesto:

El apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** interpone recurso de apelación en contra de la referida sentencia, solicitando que la misma sea revocada y que en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda, argumentando que la prima de riesgo únicamente debe ser tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto DAS, mas no para liquidar las prestaciones sociales mencionadas por los demandantes.

Después de efectuar un análisis de lo dispuesto en los Decretos 1933 de 1989, 1173 de 1994 y 2646 de 1994, relacionados con el régimen prestacional de los empleados del DAS, asegura que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial, haciendo a su vez alusión a la jurisprudencia del Consejo de Estado, resaltando que si bien la prima en cuestión goza de naturaleza salarial, también lo es que únicamente debe ser tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del DAS, circunstancia que difiere con el planteamiento de la primera instancia (fls. 212 a 217).

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descrito de la siguiente manera:

1.4.1. De la demandada

Por intermedio de su apoderada, la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** descurre el traslado para alegar de conclusión, reiterando que la reclamación de los demandantes de reconocimiento como factor salarial para todos los efectos legales de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994, no es viable teniendo en cuenta la normatividad vigente que la rige, esto es, Leyes 33 y 62 de 1995, Decreto 1933 de 1989, Decreto 1137 de 1994 y 2646 del mismo año, ésta no se encuentra contemplada como factor

salarial, y solo a los empleados regidos por la Ley 860 de 2003, para el ingreso base de liquidación de sus pensiones se toma en cuenta la prima de riesgo en el porcentaje allí señalado puntualmente y no para la reliquidación de sus prestaciones sociales.

Adicionalmente, resalta que en providencia del 8 de marzo de 2018, el Consejo de Estado, Sección Quinta, dentro del trámite de acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2018-00066-00, actor: Lilia Amparo Becerra Tarazona, demandado: Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cúcuta y Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se negaron las pretensiones encaminadas a la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, y que en la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, R.I. 0070-2011 a la que hace referencia la accionante, tiene únicamente efectos frente a la inclusión de dicha prestación en la liquidación de la pensión (fls. 235 a 241).

1.4.2. De la parte demandante:

Pide, por intermedio de su apoderada, se confirme la sentencia apelada, teniendo en cuenta las razones expuestas en la demanda y alegatos de conclusión en primera instancia, donde se relataron los hechos que dieron lugar a las pretensiones de la demanda, consistentes en que los demandantes laboraron en el DAS, devengando, además de la asignación básica una prima de riesgo sobre tal asignación, percibiendo además los factores de subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Seguido de recalcar el concepto de violación y de invocar algunas sentencias que resuelven casos similares, solicita que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que establece que la prima de riesgo no constituye factor salarial, sea inaplicado por excepción de inconstitucionalidad, por ser manifiestamente violatorio de postulados constitucionales, y como consecuencia de ello, se confirme la sentencia apelada que ordenó reliquidar las prestaciones sociales de los demandantes con la inclusión de la prima de riesgo (fls. 242 a 246).

1.4.3. El Ministerio Público:

Guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico:

Teniendo en cuenta que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales planteadas en contra de la decisión de primera instancia, la Sala considera que el problema jurídico en el presente caso, se contrae a determinar si a los demandantes, los señores **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR** y **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ** les asiste el derecho a que la prima especial de riesgo establecida en el artículo 3 del Decreto 2646 de 1994, les sea tenida en cuenta como factor

salarial y de todas las prestaciones sociales percibidas durante su vinculación laboral, con excepción del tiempo prescrito por configuración del fenómeno, desde el 11 de diciembre de 2011 y a la fecha de su desvinculación respectiva del DAS, el 2 de julio y 30 de abril de 2014, respectivamente.

2.3. Decisión:

La sentencia procederá a **confirmar** la sentencia apelada, con fundamento en el marco jurisprudencial vigente sobre la materia, dictado por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, contenido en la sentencia de unificación de la Sección Segunda, del 1 de agosto de 2013, expediente 44001-23-31-000-**2008-00150**-01 (0070-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, como quiera que en el caso *sub lite* los demandantes cuentan con el derecho al reconocimiento e inclusión de la prima especial de riesgo como factor salarial en la reliquidación de sus prestaciones sociales reclamadas, toda vez que la misma fue percibida de manera habitual y periódica en un 30% sobre la asignación mensual, prima de riesgo que por su origen y características hace parte de la remuneración directa del servicio y por tanto constituye salario para todos los efectos, y por ende, tiene el carácter de factor salarial, no solo para efectos pensionales, sino además a efectos de liquidar las prestaciones sociales devengadas.

2.4. Argumentos de la decisión:

2.4.1. Hechos probados relevantes para la adopción de la decisión.

En el caso *sub – exámíne* se encuentran acreditadas las siguientes circunstancias fácticas relevantes para la toma de la decisión:

HECHOS RELEVANTES PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
<p>Que el señor LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR prestó sus servicios al DAS, desde el 12 de enero de 1994 y hasta el 2 de julio de 2014, desempeñando como último cargo el de Guardián 214-05, en calidad de empleado público, con una asignación mensual de \$1.168.539 e igualmente devengó una prima especial de riesgo del 30% sobre la asignación mensual.</p> <p>Que el señor URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ prestó sus servicios al DAS, desde el 1 de abril de 1976 y hasta el 30 de abril de 2014, en calidad de empleado público, desempeñando como último cargo el de Guardián 214-05, con una asignación mensual de \$1.251.174 e igualmente devengó una prima especial de riesgo del 30% sobre la asignación mensual.</p>	<p>Certificaciones obrantes en folios 48 y 55.</p>
<p>Que en atención a los derechos de petición radicado por los demandantes el 11 de diciembre de 2014 y 28 de enero de 2015, respectivamente, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO se pronunció a través de</p>	<p>Oficio radicado 20151050008191-DAS del 3 de febrero de 2015 (folios 32-33 del expediente) y Oficio radicado 20151050086371-DAS del 22 de diciembre de 2014 (folios 34-35 del expediente).</p>

los actos aquí demandados, en el sentido de no tener competencia para resolver las solicitudes, teniendo en cuenta que no es la entidad receptora de funciones del extinto DAS.	
---	--

2.4.2. Marco normativo y jurisprudencial de la prima especial de riesgo en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

En principio, el Decreto 1933 de 1989, “por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad” estableció la prima de riesgo en los siguientes términos:

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

Seguidamente, con la expedición del Decreto 1137 de 1994, en su artículo 1 se dispuso que:

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

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

Posteriormente, con la expedición del Decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, la prima de riesgo fue regulada así:

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

ARTÍCULO 2o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

ARTÍCULO 3o. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual. PARÁGRAFO. El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.

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

De las diferentes normas citadas que regulan o regularon la prima de riesgo para los empleados del DAS se puede observar con claridad cómo se dispuso expresamente que esta no constituye factor salarial.

No obstante, resulta muy importante resaltar que en sentencia de **unificación** jurisprudencial del 1 de agosto de 2013¹, la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, llegó a la conclusión que la prima especial de riesgo en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, debe ser tenida en cuenta como factor para el reconocimiento de las prestaciones sociales. Veamos:

“(..) En relación con la prima de riesgo, estima la Sala que mediante Decreto 1137 de 1994 se creó una prima especial mensual de riesgo con carácter permanente para los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente; criminalístico especializado, profesional o técnico y conductores³, equivalentes, en todo caso, al 30% de su asignación básica mensual, la cual según el artículo 1 ibídem no constituía factor salarial. (..)

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala oportuno señalar que en lo que se refiere al reconocimiento de la prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento de Seguridad, DAS, esta Sección en un primer momento, atendiendo el tenor literal de la norma, negó la inclusión de la referida prestación para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de las pensiones a reconocer a favor de los servidores del extinto Departamento de Seguridad, DAS. (..)

La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010. Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso a una interpretación que atiende a la tesis⁶ mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 737 del Decreto 1848 de 1969. (..)

En este mismo sentido, esta Sección en sede de tutela ha mantenido invariable la tesis antes expuesta, en la que se considera la prima especial de riesgo como factor constitutivo del ingreso base de liquidación, IBL, de las de las pensiones de los detectives del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Así se observa en las siguientes providencias: Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 2011-01438-00 MP. Alfonso Vargas Rincón, en la que se precisó: (..)

Y, sobre el mismo particular, la 12 de julio de 2012. Rad. 2011-01479-0. M.P. Víctor Alvarado Ardila, sostuvo que: “En el presente asunto, (...) ha de afirmarse que, efectivamente, el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció la posición que desde el año 2010 ha venido sosteniendo la Corporación en relación con la inclusión de la prima de riesgo en el ingreso base de liquidación de la pensión de detectives en el régimen especial, por lo vulneró los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la igualdad. (..)

Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las

¹ Proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 dentro del proceso radicado bajo el número 44001-23-31-000-2008-00150-01, (0070-11), actor: Héctor Enrique Duque Blanco, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación⁸, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios. Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional. (..)

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

De acuerdo con la aludida sentencia unificadora, el salario se conceptualizó como aquella remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Con fundamento en el concepto de salario, la Alta Corporación estimó que la prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, goza del carácter de factor salarial, en la medida que constituye una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban, aunado al hecho de ser una prima percibida de manera habitual y periódica.

En consecuencia, la Sala considera procedente la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las pensiones y las prestaciones sociales de los empleados del hoy extinto DAS.

2.4.3. Caso concreto:

En el presente caso se tiene que los demandantes señores **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR** y **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ**, a través del presente medio de control, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos emitidos por la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, y a título de restablecimiento del derecho, se le condene a reajustar, liquidar y pagar las prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro (cesantías e intereses a las cesantías, bonificaciones por servicios prestados, vacaciones, primas de navidad, primas de vacaciones, primas de servicios y primas de antigüedad), incluyendo como factor salarial en la base de liquidación la prima de riesgo.

Por su parte, la demandada tanto en el respectivo recurso de apelación como en sus alegatos de conclusión de segunda instancia insiste en que la prima especial

de riesgo debe ser tenida en cuenta solamente como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez, lo cual la excluye de ser reconocida como factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

En el fallo de primera instancia, el *A quo* accedió a las pretensiones de la demanda, al determinar que es procedente inaplicar el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, en cuanto dispone que no constituye factor salarial, por ser inconstitucional, y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre el tema.

Es de resaltar que en la sentencia apelada, el *A quo* hizo énfasis en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 1 de agosto de 2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, en la cual, tal como se trajo a colación en el acápite precedente de esta providencia, se determinó que *“todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma como se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional, y que en prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, si goza el carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a tal persona en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban”* (ver folio 206 reverso).

Por consiguiente, los señores **LEONEL CARVAJALINO VILLAMIZAR** y **URIEL DE JESÚS SERRANO RODRÍGUEZ** cuentan con el derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, toda vez que la misma fue percibida de manera habitual y periódica en un 30% sobre la asignación mensual, tal y como se advirtió en el acápite de hechos probados de ésta providencia, prima de riesgo que por su origen y características hace parte de la remuneración directa del servicio y por tanto constituye salario para todos los efectos, y por ende, tiene el carácter de factor salarial, no solo para efectos pensionales, sino además a efectos de liquidar las prestaciones sociales devengadas.

En consecuencia, se procederá a **confirmar** la sentencia apelada.

2.5. Condena en costas:

Finalmente, sería del caso proceder a condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 365 del CGP; no obstante, esta Sala se abstiene de realizar tal condena, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8, que señala que sólo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el día **23 de marzo de 2018**, por el **Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

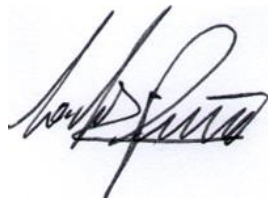
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual N° 2 del 18 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente. Dr. Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-005-2017-00145-01
Accionante: María Isabel Ramírez Peñaloza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada (fl 89–92) en contra de la sentencia proferida el diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La parte actora pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 0477 del 25 de abril de 2012**, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del señor **VICTOR JULIO CARRILLO LEAL (QEPD)** y la **Resolución No. 05598 del 30 de diciembre de 2015**, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una sustitución de pensión de jubilación a su favor, como consecuencia del fallecimiento del prenombrado, actos administrativos en los cuales manifiesta que no le fueron incluidos todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de que el causante adquiriera el estatus de pensionado por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), accedió a las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que al haberse vinculado el señor Víctor Julio Carrillo Leal al servicio docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de

¹ Folios 167 al 171 del Cuaderno Principal

2003 y al encontrarse excluido de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con la excepciones consagradas en su artículo 279, y conforme a lo estipulado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, las disposiciones normativas aplicables para liquidar la pensión de jubilación, son las contenidas en la Ley 33 de 1985, normatividad que permite la inclusión dentro del ingreso base de liquidación de pensión, los factores salariales contenidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el cual modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985; además indica que, “de conformidad con la postura tomada por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-7506-01 (0112 - 09)”, se debe tener en cuenta para la realización de liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora todos aquellos factores salariales que fueron devengados de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio, durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Determinando el *A-quo*, que el prenombrado cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, por tal razón consideró que tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia en su totalidad del 75% del promedio devengado sobre todos sus factores salariales, tales como la asignación mensual, una doceava parte de la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios, de conformidad con los factores salariales que reposan en el expediente.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la Entidad Demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio².

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, el apoderado de la parte demandada, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en los cuales se evidencia que las pretensiones de la parte demandante no estaban llamadas a prosperar, puesto que no le asiste el derecho que reclama, teniendo en cuenta que los factores incluidos en la liquidación de la pensión de jubilación fueron los que expresamente señala la Ley y sobre los cuales se realizaron aportes al sistema, por lo que al fallarse en favor de la demandante se estaría aumentando el monto de la pensión, perjudicando así las finanzas y el presupuesto disponible para el correcto funcionamiento del sistema, según lo considerado por la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el Honorable Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, expediente No. 52-001-23-33-000-2012-00143-01.

Indica que, el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizan los aportes los docentes, por lo que el régimen aplicable a la accionante para efectos de edad, monto y factores salariales para determinar el monto de liquidación de su pensión de jubilación, era el establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

² Folio 89 a 92 del Cuaderno Principal

Igualmente, señaló que la pensión de jubilación de la actora fue reconocida tras haberse comprobado el cumplimiento de los requisitos legales, por lo que el monto de la prestación, se calculó conforme a la norma vigente que le era aplicable, norma que no contempla los emolumentos pretendidos en la demanda y ordenados en la sentencia de primera instancia, situación que hace improcedente reliquidar la pensión en una cuantía superior a la ordenada en el acto administrativo demandado, ya que si bien la accionante ha recibido sumas de dinero catalogadas como factores salariales, para que estos tuvieran incidencia en el cálculo de su mesada pensional era menester que sobre estos se hubiera efectuado aportes a pensión, conforme lo estipulado en el acto legislativo No. 1 de 2005.

En igual sentido, argumento que, el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, solo se limitaba a pagar, las prestaciones que reconocieran las entidades territoriales, a través de un acto administrativo aprobado previamente con visto bueno de la Fiduciaria La Previsora S.A., sin que le Ministerio de Educación Nacional, tuviera injerencia en este trámite administrativo.

De otra parte, indicó que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, no cumplió con el procedimiento que establece el artículo 271 del C.P.A.C.A, por lo tanto, no tiene la calidad que se le asigna, que se debe tener en cuenta que cambió la jurisprudencia imperante del Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la cual consideró, entre otras cosas, que la subregla establecida es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Concluyó solicitando que se realizara un análisis de la providencia impugnada y se estudiara lo decidido en la sentencia de primera instancia, procediendo a revocar o modificar la orden impartida por el A-quo, absolviendo a su representada de todas las declaraciones y condenas impuestas, con fundamento en el precedente vertical expresado por el Honorable Consejo de Estado.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

Surtida la audiencia de conciliación a que hace referencia el artículo 192 del CPACA, el A quo procedió a conceder el recurso de apelación para que fuese de conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar de conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descorrido de la siguiente manera:

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

Expone el apoderado de la parte accionada que la Ley 33 de 1985, es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán teniendo en cuenta los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a la pensión, siempre que éstos sean los señalados taxativamente en la Ley 62 de 1985, pues garantiza la sostenibilidad del sistema, normas que no incluyen los factores solicitados por la demandante en la pensión de jubilación de su cónyuge fallecido.

Menciona que la Fiduprevisora S.A. no es representante del Ministerio de Educación Nacional ante las entidades territoriales, sino que cumple funciones de administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que a partir de la Constitución de 1991 el sector educativo se descentralizó, de manera que la Constitución y las leyes que desarrollaron la forma de organización territorial definida en la política establecieron competencias en cada nivel territorial y asignaron las funciones y recursos para ejecutarlas.

Señala que tratándose de prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el procedimiento de reconocimiento y pago, esta obligación se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo ésta última quien, en virtud del contrato de fiducia mercantil, administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG.

1.5.2 De la parte accionante⁴

Expone la apoderada de la accionante que la entidad demandada al momento de reconocer la pensión de jubilación del cónyuge de su poderdante, así como posteriormente la sustitución de la misma, no le incluyó dentro del ingreso base de liquidación la totalidad los factores salariales devengados durante el último año en que el señor Víctor Julio Carrillo Leal adquirió el estatus de pensionado, hecho que la entidad demandada se abstuvo de normalizar, vulnerándose los derechos a la igualdad, debido proceso y mínimo vital de la accionante.

Aunado a lo anterior, expone que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

³ Folios 139 al 141 del Cuaderno Principal.

⁴ Folios 113 al 137 del Cuaderno Principal.

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por el apelante único, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada el diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se decidió reliquidar la pensión de jubilación que le fuera sustituida a la señora María Isabel Ramírez Peñalosa cónyuge supérstite del señor Víctor Julio Carrillo Leal, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el prenombrado en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado, o por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, el día diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), deberá revocarse como quiera que los factores reconocidos por el *A-quo*, no corresponden a los que fueron enunciados por el legislador para ser tenidos en cuenta en la cuantificación del ingreso base de liquidación de la pensión de docentes, contemplados expresamente en el artículos 3º de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985). Así como tampoco se probó dentro del proceso que se hubieren realizado cotizaciones respecto de los mismos, razón por la cual no hay lugar a ordenar que se efectúe reliquidación alguna. En esta decisión el Tribunal acoge el cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

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

l) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. Régimen de 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. (Subrayado por la Sala)

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "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".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁷.

En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.
(...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que Forman parte del rubro de pago por servicios personales de los Docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva

⁷ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

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

de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

(...)

1. 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.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la

Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁸. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son:

⁸ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que el señor Víctor Julio Carrillo Leal:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor a 20 años desde el 15 de mayo de 1980 hasta el 18 de julio de 2011⁹, fecha en la que adquirió el estatus de pensionado.

(ii) Ostenta la calidad de pensionado, a través de la Resolución revisada N° 477 del 25 de abril de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander, en nombre y representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

- Asignación Básica.
- 1/12 prima de navidad

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios antes de adquirir el estatus de pensionado como docente, según consta a folio 28 del expediente fueron:

- Asignación Básica
- Prima de Navidad
- Prima de servicios
- Prima de Vacaciones

La demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Víctor Julio Carrillo Leal, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del status de pensionado. Como se observa, los factores devengados por el prenombrado en el último año de servicio antes de adquirir el status de pensionado que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fueron: la prima de servicios y la prima de vacaciones.

(iv) Mediante **Resolución No. 05598 del 30 de diciembre de 2015** la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander, le sustituyó la pensión de jubilación del señor Víctor Julio Carrillo Leal a la señora María Isabel Ramírez Peñalosa en su condición de cónyuge supérstite.

2.6. Conclusiones

⁹ Folio 18 del Cuaderno Principal.

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al causante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que el señor Víctor Julio Carrillo Leal estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El prenombrado en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho el causante en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera:

El señor Carrillo Leal no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio antes de la adquisición del estatus de pensionado, incluyendo aquel sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de

Cúcuta, como quiera que los factores reconocidos por el *A-quo*, no corresponden a los que fueron enlistados por el legislador para ser tenidos en cuenta en la cuantificación del ingreso base de liquidación de la pensión y tampoco se probó dentro del proceso que se hubiere realizado cotizaciones respecto de los mismos.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En su lugar, deniéguense las pretensiones de la demanda.

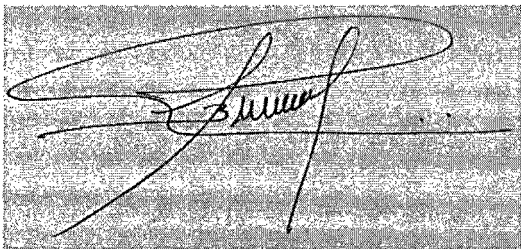
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

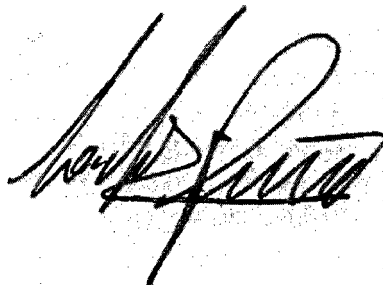
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-001-33-33-006-2015-00463-01
ACCIONANTE:	FERNANDO ORTEGA TREJOS
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **parte demandada**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el **28 de septiembre de 2018** por el **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cúcuta**.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Síntesis del asunto:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad de los actos administrativos **oficios No. 7119 del 9 de febrero de 2015** y **No. 13738 del 4 de marzo de 2015**, a través de los cuales la CREMIL, negó petición de reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago a favor del señor **FERNANDO ORTEGA TREJOS** del reajuste de la asignación de retiro, con fundamento en: (i) el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, artículos 13.2.1 y 16 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar, afectando doblemente la prima de antigüedad, (ii) parágrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que al 31 de diciembre ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, (iii) por violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, al deja de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, (iv) que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pensionados, indexados y junto con los intereses moratorios, y (v) costas y agencias en derecho.

1.2 La sentencia apelada¹:

El *A quo*, en la sentencia que es objeto de alzada, decidió inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados, y a su vez condenó a la entidad demandada, a efectuar el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro de la que es beneficiario el señor **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, desde el 15 de abril de 2014, tomando en consideración: (i) que la partida computable asignación básica será equivalente a un salario mínimo legal, incrementado en un 60% de ese mismo, conforme al inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, (ii) la asignación básica mensual resultante,

¹ Folios 171 a 181 del cuaderno principal.

se le aplicará el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%) adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, (iii) incluyendo y sumando el subsidio familiar devengado en servicio activo por el demandante para el año 2013.

De igual manera, ordenó el pago de la diferencia que resulte entre el mayor valor que arroje el reajuste dispuesto, y el pago efectuado por la entidad, y darle cumplimiento a las declaraciones dentro del término y en la forma señalada en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-.

Por último, se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

Para llegar a tomar la anterior decisión, adoptó la tesis consistente en que, en primer lugar, le asiste razón a la parte demandante en cuanto a que la CREMIL, al momento de reconocerle la asignación de retiro, hizo una errada aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, desfavoreciéndolo al reconocerle la prestación por un menor valor, al realizarle un doble descuento al concepto de prima de antigüedad.

En segunda medida, consideró que el subsidio familiar ha de ser tenido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante en calidad de soldado profesional, como quiera que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 viola el principio constitucional de igualdad, debiéndose entonces inaplicar la mentada norma que impide utilizar otros factores en la asignación de retiro.

1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada:

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la CREMIL, mediante su apoderado, la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada, señala que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales se sujeta a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la hoja de servicios militares, en el equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, por tanto es evidente que la inclusión del subsidio familiar como partida computable contraría flagrantemente la normatividad vigente, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

Adicionalmente, petitionó no imponer costas ni agencias del derecho en segunda instancia, además, de argumentar que según el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 la prescripción de las mesadas es de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles y no de forma cuatrienal como lo sostiene el fallo; por último, solicitó revocar parcialmente la sentencia proferida en primera instancia (fls. 193 a 196 cuaderno principal)

1.4 Trámite procesal de segunda instancia:

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA.

Durante el término de traslado concedido, las partes intervinieron así:

1.4.1. La entidad demandada.

Alega en conclusión, manifestando por medio de su apoderada, que conforme a lo ordenado en el numeral 17.2 del artículo 17 del Decreto 4433 de 2004, los suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares deben efectuar aportes para la asignación de retiro sobre el subsidio familiar, ya que es una partida contemplada en el artículo 13 ibídem, por lo que considera que los soldados profesionales deben efectuar aportes sobre el subsidio familiar, agregando que el Decreto 1162 de 2014, ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro en un 30%, disposición que se cumple en la resolución de reconocimiento del aquí demandante, toda vez que la norma en mención de forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro.

Concluye que dentro del proceso quedó demostrado que la entidad ha actuado con apego a la ley y normatividad vigente, sin lugar a considerar interpretación errónea alguna, teniendo en cuenta que jurisprudencial y legalmente se encuentra evidenciado dentro del asunto, que no existe contrariedad entre lo establecido por la norma y la forma en que la CREMIL ha venido liquidando las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales, solicitando por tanto se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 234 a 242).

1.4.2. Parte demandante:

Nuevamente ratifica los argumentos planteados en la demanda y a través del trámite procesal, precisando que se debe confirmar el fallo de primera instancia, toda vez que la entidad demandada desconoció el contenido del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y en esa medida la asignación de retiro quedó afectada, pues fue liquidada con fundamento en 1 SMMLV + 40%, situación que ya ha sido evaluada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en innumerables casos semejantes.

Del mismo modo, solicita se confirme la decisión de ordenar incluir como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que venía percibiendo el demandante en actividad (fls. 243 a 249).

1.4.3. Ministerio Público.

No se pronunció en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico:

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el *sub lite* consiste a establecer si se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar a la CREMIL, el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del señor **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, incluyendo como partidas computables y porcentajes el 70% del salario mensual el cual debe tomarse como base el S.M.L.V. incrementado en un 60%, el subsidio familiar liquidado con los últimos haberes

percibidos a la fecha fiscal de retiro; adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.3. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico:

De acuerdo con la posición jurisprudencial pacífica y reiterada sobre el tema asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la liquidación de la asignación de retiro del exsoldado profesional **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, quién al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, corresponde al 70% del salario mensual en los términos del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, adicionado** en un 38.5% de la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que la prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% del sueldo básico de un soldado profesional.

En cuanto a la partida denominada subsidio familiar, de conformidad con la subregla fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, consistente en que los soldados profesionales que causaron su derecho a la asignación de retiro **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no es partida computable para la reliquidación de la prestación del demandante, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal, y en el caso en concreto el exsoldado profesional **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión el **16 de abril de 2014**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

Por tales razones, se **modificará** la sentencia apelada.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala:

2.4.1 De la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso:

2.4.1.1 El Decreto 4433 de 2004. Partidas computables y cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales:

Posterior a la declaratoria de inexecutable del Decreto 2075 de 2003, por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, el legislador profirió la Ley 923 de 2004, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”*, la cual en su artículo 2 numeral 2.1. Consagró como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; del mismo modo, el artículo 3 numeral 3.3. *Ibidem*, estipuló que las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En desarrollo de dicha Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, regulando en su artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”.

De igual manera, el artículo 16 del Decreto en cita, estableció la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro, así:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al **setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.**

Sobre el tema objeto de debate, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia del 11 de diciembre de 2014, M.P. María Elizabeth García González, expediente 2014-02292-01, precisó lo siguiente:

“En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

(..)

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo”. (Subrayado fuera del texto original).

De acuerdo con todo lo previamente expuesto, los soldados profesionales que sean retirados o se retiren, con 20 años de servicios, cuentan con el derecho a una asignación mensual de retiro, y en lo que concierne a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes adoptados de los mismos, la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual, **adicionado** en un 38.5% de la prima de antigüedad.

En consecuencia, el 38.5% de la partida de prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% del sueldo básico de un soldado profesional, en aras a garantizar el cumplimiento del mandato constitucional.

2.4.1.2 El Decreto – Ley 1794 de 2000. Salario de los soldados profesionales. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado:

Con fundamento en las facultades otorgadas mediante la Ley 578 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1793 de 2000 “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, cuyo artículo 38 autorizó al Gobierno para la expedición del régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, “con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

Atendiendo ello, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 en sus artículos 1 y 2 se definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios, así:

“Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.” (Subraya la Sala).

Como se puede observar, tales normas del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, **quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.**

Aunado a lo anterior, es menester indicar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida el 25 de agosto de 2016, en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado número 850013333002-2013-00060-01, accionante: Benicio Antonio Cruz, accionado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, llegó a la conclusión que con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, **los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser**

remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, fijando de esta manera las siguientes regla de unificación:

“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,103 la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual veinte incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,104 la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,105 es de un salario mínimo legal mensual veinte incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente”.*

Posteriormente, dentro del mismo expediente, la Sección Segunda de la Alta Corporación, en proveído del **06 de octubre de 2016**, ordenó la aclaración del numeral primero y séptimo de la parte resolutive de la sentencia de unificación citada, en los siguientes términos:

«PRIMERO.- UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.»

«SEPTIMO.- La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente; término que deberá contabilizarse en cada caso en particular teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia.»

Así las cosas, la Sección Segunda del Consejo de Estado definió que la unificación de jurisprudencia sobre **el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto Ley 1793 del 2000, fueron incorporados como profesionales**, debe interpretarse bajo el entendido de que el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 del 2000 **establece que los uniformados que reúnan tales condiciones devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**. Así mismo, precisó que dicha sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20 % respecto del cual se unificó la jurisprudencia en esa oportunidad, por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, **deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos**

contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, término que deberá contabilizarse en cada caso en particular, **“teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de la sentencia”**.

2.4.1.3 De la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de Soldados Profesionales. Marco normativo y jurisprudencial:

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del **25 de abril de 2019**, con ponencia del magistrado William Hernández Gomez², sobre la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, ha llegado a la conclusión de que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. Veamos:

“5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento:

(..)

Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 20161, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscrib ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes

² , radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, accionante: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA, demandado: CREMIL.

presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de

la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad". (Negrilla de la Sala).

Con base en los anteriores razonamientos, el Alto Tribunal fijó la 3 subregla de unificación consistente en que *"Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal"*.

Aunado a lo anterior, precisó que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Atendiendo el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

2.4.2. Caso en concreto. Conclusiones:

En el *sub exámine*, una vez verificado el contenido de los antecedentes administrativos, en especial, del expediente de reconocimiento de asignación de retiro y que contiene la hoja de servicios y el acto administrativo de reconocimiento correspondiente al señor **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, obrantes en folios 12 a 37 y 66 a 96, la Sala encuentra acreditado que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, baja efectiva del día **16 de abril de 2014** (ver hoja de servicios en folio 67 reverso), habiendo prestado sus servicios, así: el servicio militar obligatorio, del 25 de junio de 1992 al 30 de noviembre de 1993, luego como **soldado voluntario**, del 30 de noviembre de 1994 al 31 de octubre de 2003, y como **soldado profesional**, del 1 de noviembre de 2003 al 16 de abril de 2014, incluidos los 3 meses de alta.

De acuerdo con la normatividad analizada en precedencia, y la interpretación dada a dichas normas por la jurisprudencia del Consejo de Estado antes mencionada, la liquidación de la asignación de retiro del exsoldado profesional **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, quién al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, corresponde al 70% del salario mensual en los términos del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, adicionado** en un 38.5% de la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que la prima de antigüedad se debe calcular sobre el **100% del sueldo básico de un soldado profesional**.

En cuanto a la partida denominada subsidio familiar, teniendo en cuenta que el demandante cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, su situación se encuadra en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en la sentencia de unificación, acorde la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados

profesionales, por consiguiente, hay lugar a revocar la decisión del *A quo*, en lo concerniente a reliquidar la prestación del demandante con inclusión de este emolumento.

Finalmente, tal y como lo ordenó el *A quo*, la CREMIL deberá pagarle a la parte demandante las diferencias resultantes de la reliquidación y las sumas que le ha pagado por concepto de la asignación de retiro, a partir del **15 de abril de 2014**, fecha de efectividad del reconocimiento pensional ordenado mediante la **Resolución 1580 del 10 de marzo del 2014**, puesto que no ha operado el fenómeno de prescripción cuatrienal, ya que tenía plazo hasta el 11 de marzo de 2018 para presentar la solicitud de reliquidación o, en su defecto, interponer la respectiva, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, luego para el 26 agosto de 2015 momento en que la parte demandante presentó la correspondiente demanda no habían transcurrido los 4 años fijados en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, lo que permite inferir que en el presente asunto la prescripción no se estructuró.

Por tales razones, se **modificará** la sentencia apelada.

2.4.3. Costas:

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, ya que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el día **28 septiembre 2018**, por el **Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, en lo concerniente al restablecimiento del derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia, el cual quedará así:

“SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos antes referidos, y a título de restablecimiento del derecho, se dispone:

- **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL- a reliquidar y reajustar la asignación de retiro del soldado profesional en uso de bien retiro **FERNANDO ORTEGA TREJOS**, a partir del **15 de abril de 2014**, equivalente al 70% del salario mensual en los términos del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, **teniendo en cuenta que la prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% del sueldo básico de un soldado profesional.**
- Para ello, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL- primero efectuará la reliquidación ordenada a partir del **15 de abril de 2014**, fecha

en que se hizo efectiva la asignación y de retiro y hasta la fecha de ejecutoria del fallo, y luego pagará la diferencia que resulte entre la liquidación ordenada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro, monto que constituirá las "sumas insolutas a favor de la parte actora". Si sobre los nuevos factores objeto de liquidación, es procedente el descuento de algún porcentaje por deducciones de ley, se autoriza el descuento que por dicho concepto haya lugar".

- *Las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada, serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, y se reconocerán intereses y se dará cumplimiento a la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 ibídem. "*

SEGUNDO: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-** dará cumplimiento a la condena en los términos señalados en los artículos 192 a 195 del CPACA.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, objeto de apelación.

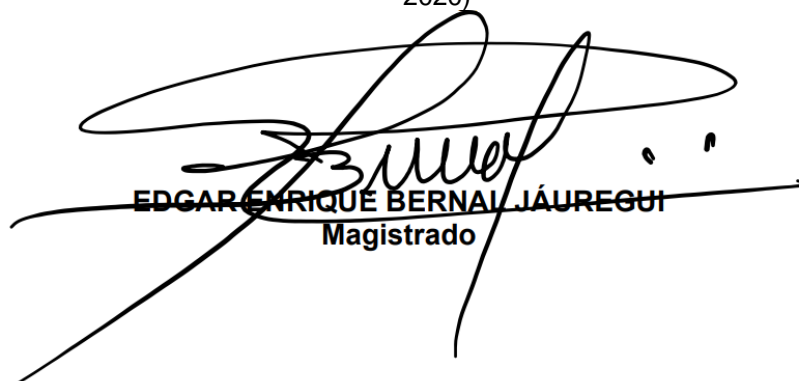
CUARTO: Teniendo en cuenta el memorial y anexos que antecede vistos a folios 252 a 255 del plenario, por medio del cual la abogada María Fernanda Rueda Vergel presenta renuncia al poder conferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-, en consecuencia, por ser procedente, **ACÉPTESE** la renuncia presentada.

QUINTO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

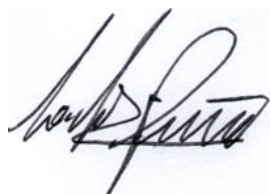
SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Oral de Decisión Virtual N° 2 del 18 de junio de 2020)



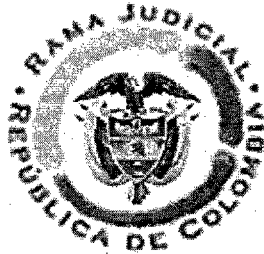
EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-006-2017-00295-01
Accionante: Lidia Ortega Rangel
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (fl 125-134) en contra de la sentencia proferida el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo Resolución N° 0425 del 08 de febrero de 2016, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a su favor, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de adquirir el estatus de pensionada, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia proferida el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público así:

¹ Folios 111 al 119 del Cuaderno Principal

“(I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

“(II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora Lidia Ortega Rangel al servicio docente, esto es el 01 de junio de 1980, el régimen aplicable es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

² Folios 125 al 134 del Cuaderno Principal

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl. 140) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl. 145) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 23 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, expone que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

³ Folios 148 al 165 del Cuaderno Principal

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, adiada el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada?, o, por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el día veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

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

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. Régimen de 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. (Subrayado por la Sala)

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁴, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁵.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "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".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁶.

En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (Subrayado por la Sala).

⁴ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁵ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁶ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985".

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

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8° un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8°, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.
(...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.
(...)

1. 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

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 1° 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.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁷. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación

⁷ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora Lidia Ortega Rangel:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor a 20 años desde el 01 de junio de 1980 hasta el 03 de agosto de 2015⁸ fecha en la que adquirió el status de pensionada.

(ii) Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 00425 del 08 de febrero de 2016, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual (2014-2015)
- Promedio bonificación mensual DC1566 1junio/14-31
- 1/12 prima de navidad
- 1/12 prima de vacaciones

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente antes de adquirir el status de pensionada, según consta a folio 21 del expediente:

- Asignación Básica.
- Bonificación mensual 1/junio/14-31 diciembre/15
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Prima de servicios

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del status de pensionada. Como se observa, el factor devengado por la demandante en el último año de servicio antes de adquirir el status de pensionada que no se tuvo en cuenta en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fue la prima de servicios.

2.6. Conclusiones

⁸ Folio 17 del Cuaderno Principal.

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que a la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora Lidia Ortega Rangel en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones y la prima de navidad, factores que no estaban incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la

entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

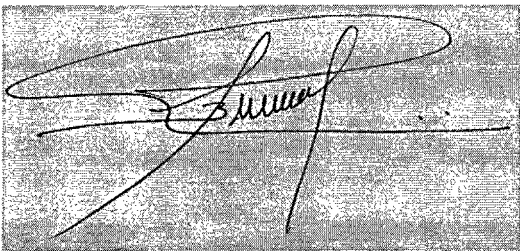
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

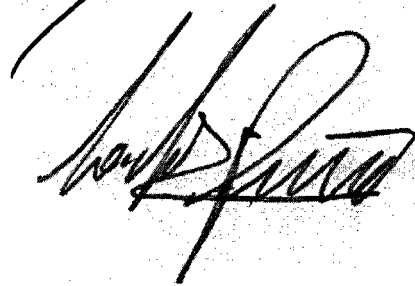
(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI

Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-006-2017-00444-01
Accionante: María Leocadia Carrillo de Bermúdez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (fl 146-155) en contra de la sentencia proferida el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 00836 del 20 de agosto de 2004**, mediante la cual se le reconoció la reliquidación de su pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de su retiro definitivo, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia proferida el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público así:

¹ Folios 133 al 138 del Cuaderno Principal

*“(I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*“(II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora María Leocadia Carrillo de Bermúdez al servicio docente, el régimen aplicable a la misma es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

² Folios 146 al 155 del Cuaderno Principal

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl. 161) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl.166) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, expone que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos

³ Folios 169 al 186 del Cuaderno Principal

devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

Expone la apoderada de la parte accionada que como bien se estableció en la sentencia recurrida el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleos públicos regidos por la Ley 33 de 1985, mediante la cual se igualó entre hombres y mujeres el presupuesto para la obtención de pensión de jubilación respecto a los empleados oficiales en 55 años de edad y prestación del servicio por periodo de 20 años continuos o discontinuos y definió el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio.

Aduce que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferido por el Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, adiada veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada?, o, por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el día nueve (09) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la

⁴ Folios 188 a 189 del Cuaderno Principal

demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

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

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

“A. Régimen de 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. (Subrayado por la Sala)

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el

régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "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".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁷.

En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** (Subrayado por la Sala).

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁷ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

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

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.
(...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.
(...)

1. 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.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene

que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁸. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora María Leocadia Carrillo de Bermúdez:

- (i)** Se desempeñó como docente oficial por un término mayor a 20 años hasta el 22 de diciembre de 2003⁹ fecha en la que se retiró definitivamente del servicio.
- (ii)** Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 0690 del 27 de octubre de 1998.
- (iii)** Mediante Resolución No. 00836 del 20 de agosto de 2004 le fue reconocida a la actora la reliquidación de su pensión de jubilación.

Los factores salariales que sirvieron de base para la reliquidación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual.

⁸ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

⁹ Ver folio 19 del Cuaderno Principal.

➤ Sobresueldo.

Sería el caso entrar a analizar los factores salariales devengados por la accionante, no obstante una vez verificado el expediente se tiene que no reposa el certificado de salarios, razón por la cual no es posible evidenciar los factores salariales que devengó la demandante el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo, así como tampoco los que la entidad demandada hubiere dejado de incluir en el acto administrativo demandado.

Es de advertir que el artículo 167 del Código General del Proceso señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, al realizar una valoración sobre la carga de la prueba ha dispuesto:

“El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.”¹⁰

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

¹⁰ NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora María Leocadia Carrillo de Bermúdez en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

Mal puede pretender la demandante se le reconozca una nueva reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación, y pretender se tome como ingreso base de liquidación otros factores cuando ni siquiera probara la existencia de los mismos, y menos que haya efectuado el pago de aportes al sistema por cualquier otro factor.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez

que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

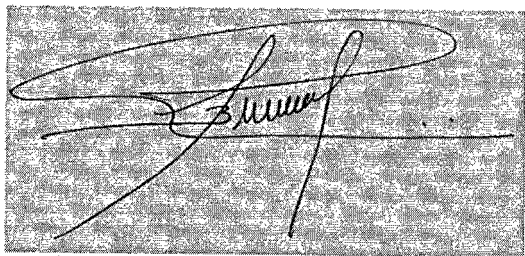
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

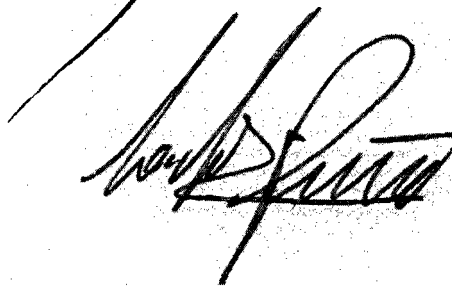
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-010-2019-00059-01
Accionante: Carlos Alfredo Cristancho Villamizar
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (fl 83-94) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

El demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo Resolución N° 0284 del 20 de junio de 2016, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a su favor, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de adquirir el estatus de pensionado, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, mediante providencia proferida el tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes

¹ Folios 72 al 79 del Cuaderno Principal

pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público así:

(I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

(II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación del señor Carlos Alfredo Crisancho Villamizar al servicio docente, esto es el 07 de septiembre de 1973, el régimen aplicable al mismo es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que el accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que el accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los

² Folios 83 al 94 del Cuaderno Principal

derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso

Con auto del dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020) (fl. 101) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta el tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del cinco (05) de marzo de dos mil veinte (2020) (fl.105) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante

La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La parte accionada no presentó alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, adiaada tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada?, o por el contrario, son procedentes los reparos hechos por la apoderada del accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, el día tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación del demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

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

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993

y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. Régimen de 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. (Subrayado por la Sala)

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "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".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

*El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica,*

³ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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 y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁵.

En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente. (...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

⁵ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

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

(...)

1. 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.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁶. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica,

⁶ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que el señor Carlos Alfredo Cristancho Villamizar:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor a 20 años desde el 07 de septiembre de 1973 hasta el 25 de septiembre de 2015⁷ fecha en la que adquirió el status de pensionado.

(ii) Ostenta la calidad de pensionado, a través de la Resolución N° 0284 del 20 de junio de 2016, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de San José de Cúcuta

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual último año.
- Bonificación mensual Dc 1566/2014.
- 1/12 prima de vacaciones.
- 1/12 prima de navidad.

Es preciso indicar que, sería el caso entrar a analizar los factores salariales devengados por el accionante, no obstante una vez verificado el expediente se tiene que no reposa el certificado de salarios, razón por la cual no es posible evidenciar los factores salariales que devengó el mismo el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, así como tampoco los que la entidad demanda hubiere dejado de incluir en el acto administrativo demandado.

Es de advertir que el artículo 167 del Código General del Proceso señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, al realizar una valoración sobre la carga de la prueba ha dispuesto:

“El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven

⁷ Folio 21 del Cuaderno Principal.

para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.»⁸

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que al demandante estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El señor Carlos Alfredo Cristancho Villamizar en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario

⁸ NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho el prenombrado en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: El demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones y la prima de navidad, factores que no estaban incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

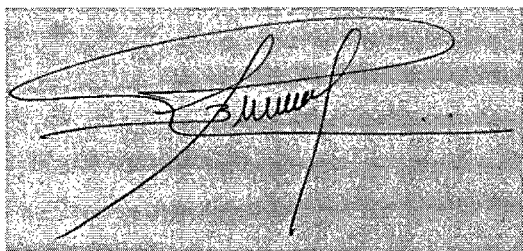
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

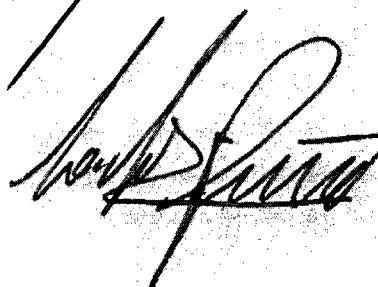
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado