

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

A.I No.: 333
Proceso: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Radicación: 17001-33-33-004-2022-00046-00
Convocante: JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA
Convocado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
-CASUR.

1. ASUNTO

Procede el Despacho a verificar sí, conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de la Ley 640 de 2001 es posible aprobar la CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL surtida ante la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, el 16 de febrero de 2022 celebrada entre el señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA y la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La petición de conciliación:

- ✓ El señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA, a través de apoderado judicial, el 14 de diciembre de 2021, presentó solicitud de conciliación extrajudicial frente a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR, con el fin de que se ordene el incremento y pago de la asignación mensual de retiro reconocida al convocante conforme a las variaciones porcentuales dispuestas con ocasión de los aumentos anuales decretados por el Gobierno Nacional que han fijado las asignaciones de los servidores del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en actividad, en cumplimiento del principio de oscilación, respecto de las partidas computables a saber: (i) doceava parte de la prima de servicios, (ii) doceava parte de la prima de vacaciones, (iii) doceava parte de la prima de navidad, y (iv) subsidio de alimentación, desde el momento de su reconocimiento, por catorce mesadas anuales y las que en adelante se causen.

2.2.- Supuestos fácticos:

- ✓ El solicitante manifestó que CASUR mediante Resolución No. 6893 del 20 de septiembre de 2016 le reconoció y ordenó pagar una asignación mensual de retiro con cargo al presupuesto de esa entidad, a partir del 19 de agosto de 2016, prestación económica que se liquidó y calculó sobre la base del 79% del sueldo básico para el grado correspondiente, con las partidas computables de: sueldo básico, prima de retorno a la

experiencia, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación..

2

- ✓ Que CASUR ha omitido dar aplicación al incremento de la asignación de retiro del solicitante, conforme al principio de oscilación contenido en el art. 42 del Decreto 4433 de 2004 es decir, en el mismo porcentaje que se aumentan todas las asignaciones del personal en actividad en grado similar al que ostentaba al momento de la desvinculación del servicio en armonía con los aumentos anuales decretados por el Gobierno Nacional en los decretos anuales de aumento de salario de los servidores de la Fuerza Pública en actividad, pues a partir del año 2017 solo se le ha incrementado la asignación mensual de retiro en lo que respecta al sueldo básico y la prima retorno a la experiencia.
- ✓ Aduce que en razón de lo anterior, el solicitante presentó derecho de petición a través del cual pide la reliquidación, reajuste y pago de dinero que comprende los factores salariales no incrementado para los años 2014 en adelante, y el pago de las diferencias resultantes a su favor, petición que de acuerdo a las pretensiones, fue negada mediante oficio 712037 del 10 de diciembre de 2021.

2.3. La conciliación celebrada:

De conformidad con el archivo digital aportado, se observa copia de las actuaciones surtidas ante la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales.

Durante la audiencia de conciliación, se hicieron las siguientes manifestaciones de las partes intervinientes:

- El convocante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la solicitud de audiencia de conciliación
- La parte convocada manifestó:

“... (...) según el caso. Es decir desde el momento en que el derecho se hizo exigible esto el día en que el Señor IJ (RA) JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCÍA, identificado con la CC. No. 75.072.919, elevó derecho de petición mediante oficio ID No. 707751 de fecha 24 de noviembre de 2021, ante la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR, tomándose la Prescripción trienal desde el 24 de Noviembre de 2018, a la fecha de realización de la audiencia de conciliación ante la PROCURADURÍA 29 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS de la ciudad de Manizales, el día dieciséis (16) de febrero de 2022) a la 01:00 de la tarde.

*Se conciliará el 100% del capital y el 75% de la indexación
Valor de Capital Indexado \$943.240
Valor Capital 100% \$851.543*

(6) 8879640 ext 11118

admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

WhatsApp 318 241 0825

Valor indexación por el (75%) \$68.773
Valor Capital más (75%) de la Indexación \$920.316
Menos descuento CASUR -\$46.624
Menos descuento Sanidad -\$30.799

VALOR A PAGAR \$842.893,00

Para un VALOR TOTAL A PAGAR de ochocientos cuarenta y dos mil ochocientos noventa y tres pesos M/Cte. (\$842.893), según propuesta de conciliación firmada por la abogada RUTH PARRA P Grupo Negocios Judiciales CASUR- Bogotá. D.C

1. En la propuesta de liquidación que anexo, se evidencia que se realizó el reajuste de los años 2016 al año 2019. Para los años 2020 y 2021 la entidad ya realizó el reajuste correspondiente, para el año 2022 el Gobierno Nacional no ha expedido el decreto que regula las asignaciones mensuales de Retiro del personal de la fuerza pública (Policía Nacional). (...)”2. Una vez aprobada la Conciliación por el Despacho Judicial y radicada en la entidad en la ciudad de Bogotá, acompañada de los documentos legales pertinentes por parte del convocante, se cancelará dentro de los seis (06) meses siguientes sin reconocimiento de intereses, ni costas, ni agencias.”

Por su parte, el apoderado convocante manifestó aceptar el acuerdo conciliatorio en su integridad.

2.4. Generalidades de la conciliación extrajudicial:

Se trata de determinar si el acuerdo judicial celebrado reúne las pruebas y requisitos necesarios para su aprobación, si es o no violatorio de la ley, o si resulta o no lesivo para los intereses públicos.

Las normas que gobiernan la conciliación extrajudicial y judicial contenciosa administrativa están previstas en la Ley 446 de 1998 art. 70 inciso 1, art. 73 inciso 3, art. 81 parágrafo 2, Ley 445 de 1998 (Arts. 104 y 104) Ley 640 de 2001.

De acuerdo con la definición que trae el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, la Conciliación “es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Según lo preceptuado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial “... sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

...” (hoy regulados por los artículos 138, 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011).

4

De las normas anteriores se deduce que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa prejudicial, deben ser de aquellos cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Según lo ha señalado la jurisprudencia, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Administrativo de Caldas, deben reunirse los siguientes supuestos para la aprobación de la conciliación extrajudicial:

1. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes;
2. Que las entidades estén debidamente representadas;
3. Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio;
4. Que no haya operado la caducidad de la acción;
5. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración;
6. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.

Premisas normativas y jurisprudenciales sobre el reajuste de las asignaciones de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional:

El artículo 2º de la Constitución Política, consagra como uno de los fines esenciales del Estado, asegurar entre sus asociados la vigencia de un orden justo, siendo una de las expresiones más palpables de este cometido constitucional, garantizar el poder adquisitivo de las pensiones que, en virtud a la ley, son otorgadas a los trabajadores –Art. 53 inc. 2º-.

El reajuste de las pensiones es una medida que garantiza los valores constitucionales de equidad y justicia social para los pensionados, toda vez que, protege el poder adquisitivo de dichos emolumentos contra los fenómenos económicos de la inflación que afectan el costo de bienes y servicios y que por ende alteran el valor de la moneda, manteniendo las pensiones actualizadas y a tono con la volatilidad de los mercados, mediante un sistema de incrementos que le permite a los pensionados satisfacer sus necesidades más apremiantes.

El Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, Ley marco que regula en forma general las materias relacionadas con el régimen de las remuneraciones oficiales, y el de prestaciones de trabajadores oficiales y empleados públicos, y la fuerza pública.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, los cuales contemplaron una prima de actualización que tuvo vigencia hasta el momento de consolidarse la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, lo que tuvo lugar con la expedición del Decreto 107 de 1996, fijando a partir de este año la citada escala salarial porcentual. Para los años subsiguientes, fueron expedidos para tal efecto, los Decretos 122/97, 058/98, 062/99, 2724/00, 2737/01, 745/02, 3552/03, 4158/04, 923/05, 407/06, 1515/07 y 673/08.

Debe advertirse que a partir de la vigencia del Decreto 4433 de 2004 (art. 42), se estableció de nuevo el mismo sistema que existió bajo la vigencia de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, esto es, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.

La Corte Constitucional en sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, en relación con el régimen especial que cobija a la Fuerza Pública específicamente estableció:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto”.

Así entonces, es claro para el Despacho que los miembros de la Fuerza Pública, gozan de un régimen especial, por lo que en principio, a luces del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social no les sería aplicable. En efecto, esta norma establece:

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

- La anterior normativa fue adicionada por la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 con el siguiente párrafo:
Parágrafo 4°. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”*

Los Arts. 14 y 142 de la misma Ley 100 de 1993 determinan:

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

Artículo 142. Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Cuando se demuestra que dichos reajustes consagrados en la norma especial ratificados en la Ley 4ª de 1992, son menos favorables que los establecidos para el reajuste de las pensiones ordinarias según el IPC, como indica la ley 238 de 1995, debe aplicarse la norma más favorable, como señala el H. Consejo de Estado, en sentencia del 17 de mayo de 2007, con ponencia del Dr. Jaime Moreno García¹:

“... a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibidem.

(“...”)

En relación con la competencia para expedir la ley 238 de 1995, la Sala no pone en duda que el Congreso de la República la tenía en los términos de la Constitución Política (artículo 150).

(“...”)

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

¹ C. de E. Expediente No. 8464-05. Actor: José Jaime Tirado Castañeda. Sent. 17 de mayo de 2007. C.P. Jaime Moreno García.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

(“...”)

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de las fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art.169) y que en la actual sucedió otro tanto (art.220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías).”

Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

Porque, estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 4433 de 2004.”

(“...”)

7. Límite del derecho. El reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.”

Esta posición ha sido reiterada por la citada Alta Corporación en fallos posteriores proferidos por la Sección Segunda como los siguientes: Subsección “B”, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, octubre dos (02) de dos mil ocho (2008), Rad. 25000-23-25-000-2004-009502-01(0174-07); Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009), Rad. 25000-23-25-000-2007-00476-01(2048-08) y Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, once (11) de junio de dos mil nueve (2009), Rad. 25000-23-25-000-2007-00718-01(1091-08).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con quienes conforman el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto

1091 de 1995 en el cual se reglamentó el régimen de asignaciones y prestaciones para este personal, y estableció en su artículo 49:

8

Artículo 49. *Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

- a) *Sueldo básico;*
- b) *Prima de retorno a la experiencia;*
- c) *Subsidio de Alimentación;*
- d) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;*
- e) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;*
- f) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;*

Parágrafo. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.*

Posteriormente, se profirió el Decreto 4433 de 2004 que básicamente mantuvo las mismas partidas para la liquidación de la asignación de retiro:

“ARTÍCULO 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

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 la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”

Luego de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que dejaron sin piso jurídico la regulación del régimen pensional y de asignación de retiro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se expidió

(6) 8879640 ext 11118

admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

WhatsApp 318 241 0825

el Decreto 1858 de 2012, el cual en su artículo 3 ratificó como partidas computables las enlistadas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.



Ahora bien, en lo que respecta al principio de oscilación este ha sido *“(e)l método de reajuste tradicionalmente utilizado para las liquidaciones y reajustes de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (según el cual las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que se devengan en actividad, con base en la escala gradual porcentual decretada por el Gobierno Nacional, esto con el fin de garantizar la igualdad de remuneración a quienes han cesado en la prestación de sus servicios”*², aplicable por obvias razones a las asignaciones de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En ese sentido, las partidas computables que se deben tener en cuenta para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional que pertenecen al nivel ejecutivo son: sueldo básico; prima de retorno a la experiencia; subsidio de alimentación y las duodécimas partes de las primas de servicio; prima de vacaciones y prima de navidad devengadas, liquidadas con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Dichas partidas, en virtud del principio de oscilación, deben ser reajustadas año a año de conformidad con los decretos que se expidan por el Gobierno Nacional, por lo cual, ninguna de ellas puede tener un valor fijo al momento del reconocimiento de la asignación de retiro y deben ser actualizadas en los años subsiguientes.

2.5. Conclusión:

En el presente asunto, se observa que se dan los supuestos para aprobar el acuerdo en la forma celebrada, así:

El fundamento de hecho de la solicitud de conciliación propende por el incremento y pago de la asignación mensual de retiro reconocida al convocante aplicando para tal efecto las variaciones porcentuales dispuestas con ocasión de los aumentos anuales decretados por el Gobierno Nacional fijados para las asignaciones de los servidores del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en actividad, en cumplimiento del principio de oscilación, respecto de todas las partidas computables a saber:

- a) Doceava prima de navidad;
- b) Doceava prima de servicios,
- c) Doceava prima vacacional y
- d) Subsidio de alimentación

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A.C.P. William Hernández Gómez. Radicación No. 25000-23-42-000-2015-06499-01 (0155-17)

Desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro; esto es, 19 de agosto de 2016 al año 2019, ya que para el 2020 la entidad realizó el reajuste correspondiente; aplicando la prescripción trienal del desde el 24 de noviembre de 2018, hacia atrás.

- ✓ El acuerdo está sustentado en las pruebas arrimadas a la actuación tanto por la parte convocante como la parte convocada, las cuales soportan la petición así: (fls. 18 del expediente electrónico)
 - Poder conferido por el señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA, para el trámite de la conciliación prejudicial.
 - Reclamación administrativa presentada ante la entidad del 24 de noviembre de 2021, por medio de la cual se pide el reajuste a la asignación de retiro, y su respuesta mediante oficio 712037 del 10 de diciembre de 2021.
 - Hoja de servicios de la Policía Nacional, correspondiente al convocante.
 - Resolución No. 6893 del 20/09/2016 mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la asignación mensual de retiro al señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA, C.C. 75072919, a partir del 19/08/2016, en cuantía del 79%..
 - Liquidación de asignación de retiro de fecha 07 de septiembre de 2016.
 - Resolución 2821 del 16 de marzo de 2016, por medio de la cual se retira del servicio al señor Jorge Albeiro Castaño Garcia, por disminución de su capacidad sicofísica (incompleta),
 - Reporte histórico de bases y partidas, correspondientes al convocante, de fecha 13/12/2021.
 - Auto del 20 de diciembre de 2021, emitido por la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, por medio del cual se admite la solicitud de conciliación.
 - Constancia que da cuenta que mediante acta de conciliación No. 20 del 31 de enero de 2022 del Comité Técnico de Conciliación SI les asiste ánimo conciliatorio en el presente caso.
 - Poder otorgado al apoderado de CASUR, con sus anexos
 - Acta del comité de conciliación 20 de enero de 2022.
 - Acuerdo conciliatorio celebrado ante la Procuraduría 29 Judicial II para asuntos administrativos de Manizales, del 16 de febrero de 2022.
- ✓ Respecto a la exigencia de la representación de las partes, la parte convocante la cumple a cabalidad, pues el Señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA confirió poder especial al Dr. NORBEY DE JESUS NARANJO PARRA, identificado con cédula de ciudadanía No. C.C. No. 15.928.845 y TP. 228170 CSJ , con la expresa facultad de conciliar.

En relación a la entidad convocada – CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR- a través de la Representante Judicial y extrajudicial CLAUDIA CECILIA CHAUTA RODRÍGUEZ confirió poder al abogado JHON JAIRO QUINTERO GIRALDO identificado con C.C. No. 15.909.485 y portador de la tarjeta profesional No. 251.747 del C.S. de la J. con facultad para conciliar. De igual manera obra en el plenario CONSTANCIA de que a través del Acta No. 20 DEL 31 DE enero DE 2022 el Comité de Conciliación de la entidad fijó los parámetros del acuerdo bajo estudio, como se observa en los anexos allegados con la conciliación.

- ✓ La presente acción no ha caducado puesto que la misma versa sobre prestaciones periódicas, las cuales pueden ser demandadas en cualquier tiempo de conformidad con lo establecido en el artículo 164 numeral 1 literal C del CPACA.
- ✓ Respecto a la prescripción de las mesadas, tal y como se indicó por la entidad convocada, si hay lugar a ello en la medida en que transcurrieron más de tres años entre el reconocimiento del derecho y la solicitud de reajuste a la entidad, pues la asignación fue reconocida a partir del 19 de agosto de 2019 según resolución de reconocimiento de asignación de retiro No. 6893 del 20/09/2016 y la reclamación administrativa fue presentada el 24 de noviembre 2021, según respuesta al derecho de petición de solicitud de reliquidación de las partidas, por lo tanto, si hay lugar a decretar la prescripción.
- ✓ El asunto objeto de estudio, es susceptible de conciliación, pues de la pretensión señalada se desprende claramente que se trata de un acto de naturaleza particular, de contenido económico, sobre el cual es posible llegar a un acuerdo; es decir, el acto demandado tiene un contenido patrimonial por ende es procedente aprobar la conciliación judicial suscrita entre las partes.
- ✓ El acuerdo al que llegaron las partes no es lesivo para el patrimonio público, en la medida en que la reliquidación de las partidas computables doceava parte de la prima de navidad, de la prima de servicio, de la prima de vacaciones y subsidio de alimentación de la asignación de retiro se realizó de acuerdo a las diferencias porcentuales, estuvo de acuerdo a los planteamientos definidos por la jurisprudencia y la doctrina y a través de él, se definió un eventual conflicto de carácter particular y de contenido económico que podía conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Teniendo en cuenta lo expuesto y encontrando que en el presente asunto se cumplieron los presupuestos para la aprobación de la conciliación, así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En consecuencia, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales,

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

3. RESUELVE

PRIMERO: APROBAR la Conciliación Extrajudicial realizada ante la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, entre el señor JORGE ALBEIRO CASTAÑO GARCIA y la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL-CASUR contenida en el acta de conciliación del 16 de febrero de 2022, consistente en la reliquidación y reajuste de las partidas de doceava parte de la prima de navidad, de la prima de servicio, de la prima de vacaciones y subsidio de alimentación, en la siguiente cuantía de:

100% del capital y el 75% de la indexación
Valor de Capital Indexado \$943.240
Valor Capital 100% \$851.543
Valor indexación por el (75%) \$68.773
Valor Capital más (75%) de la Indexación \$920.316
Menos descuento CASUR -\$46.624
Menos descuento Sanidad -\$30.799
VALOR A PAGAR \$842.89,00

Desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro; esto es, 19 de agosto de 2016 al año 2019, ya que para el 2020 la entidad realizó el reajuste correspondiente; aplicando la prescripción trienal del desde el 24 de noviembre de 2018, hacia atrás.

SEGUNDO: DISPONER que, tal y como fuera acordado, el pago de las sumas referidas se realice dentro de los seis (6) meses siguientes una vez radicada la documentación ante la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

TECERO: ADVERTIR a las partes que tanto el acuerdo conciliatorio llevado a cabo entre las partes, como esta providencia que lo aprueba, tienen efectos de **COSA JUZGADA y PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO**.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta providencia y hechos los registros respectivos en el programa de gestión SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

 (6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a79e6553bc52f23dbc730e1df632a76b36acceeeca16d61ad2a0d44b1be553f0**
Documento generado en 31/03/2022 03:46:25 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

A.I 334

Medio de control : EJECUTIVO
Radicado proceso : 17001-33-33-004-2020-00021-00
Demandante : GYPLAC S.A.
Demandado : DEPARTAMENTO DE CALDAS

ASUNTO

Procede este despacho a ordenar seguir adelante con la ejecución conforme se dispuso en el mandamiento de pago.

CONSIDERACIONES

1. Dentro del proceso de la referencia, se profirió auto de mandamiento de pago frente al DEPARTAMENTO DE CALDAS, el 08 de julio de 2020, el cual fue notificado a la ejecutada el 9 de julio de la misma anualidad, tal y como se sigue en los archivos 02AutoLibraMandamiento.pdf y 03ConstNotEstado09072020.pdf del expediente digitalizado.

2. De acuerdo con la constancia secretarial visible en el archivo 07ConstContestDda.pdf, la parte demandada contesto la demanda dentro del término oportuno, proponiendo como excepciones previas las denominadas:

- FALTA DE EJECUTIVIDAD O DE MÉRITO EJECUTIVO DEL TÍTULO: La sustentó en el sentido que la Secretaría de Hacienda del Departamento ordenó a través de la Resolución No. 1584-8 del 19 de febrero de 2015 el pago de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del radicado 170012300002010001710001, que ordenó la devolución a la actora de la suma de \$167.111.330, con reconocimiento de los intereses corrientes y moratorios. Además, que no se tuvieron en cuenta el pago de intereses corriente y moratorios porque el proceso que dio lugar a la obligación, fue anterior al Acuerdo de Reestructuración de Pasivos suscrito entre el Departamento de Caldas y sus acreedores en el marco de la Ley 550 de 1999, suscrito el 17 de mayo de 2013 y los hechos que dieron lugar a la demanda son del 2010, dando aplicación al artículo 13 del Acuerdo y por eso solo se pagó el capital.
- COBRO DE LO NO DEBIDO: Esta excepción la presenta teniendo en cuenta que el pago efectuado por el Departamento contenido en la Resolución No. 1584-8 del 2015, ordenando el pago de la sentencia, sin intereses, se hizo conforme al artículo 13 del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos.
- LA GENÉRICA: Por cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso y que deba ser declarada oficiosamente por la juez.

3. En este orden de ideas y una vez analizados los argumentos de los medios exceptivos propuestos se observa que son los mismos sustentados en el recurso de reposición que presentó la entidad territorial frente al auto que libro mandamiento de pago, resueltos a través de la providencia del 29 de octubre de 2021.



En virtud de lo anterior y dado que la presente ejecución inició con la orden compulsiva de pagar una obligación contenida en una providencia judicial, caso en el cual, solamente pueden proponerse las excepciones de **pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción**, es decir, formas de extinguir la obligación, siempre y cuando se fundamenten en hechos ocurridos con posterioridad a la sentencia o las de **nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento**, y la de **pérdida de la cosa debida**, conforme lo dispone el numeral 2° del art. 442 del CGP.

Como puede verse entonces, la entidad no está proponiendo ningún medio de defensa que demuestre la extinción de la obligación, sino que simplemente se está proponiendo las mismas excepciones que fueron resueltas en el recurso de reposición, circunstancias ajenas al cumplimiento de la misma.

En ese orden de ideas, el Despacho no le imprimirá el trámite a la excepción propuesta, es decir, no se dará el traslado de ella a la parte ejecutante, pues esta no constituye efectivamente un medio de defensa de los taxativamente contemplados en el numeral 2° del art. 442 del CGP para el proceso ejecutivo.

En consecuencia y no existiendo excepciones de fondo que sean susceptibles de ser tramitadas, y en consonancia con lo dispuesto en el inciso final del art. 440 del CGP, se dispondrá seguir adelante con la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento de pago y se ordenará la liquidación del crédito como lo dispone el Art. 446 ibídem.

Ahora bien, si dentro del trámite posterior al presente proveído se acredita la consignación de las sumas de dinero en la forma establecida en el mandamiento de pago, y con la liquidación del crédito se llega a concluir que la obligación ha sido solucionada, se procederá de conformidad en tal momento.

Costas

El Despacho dispondrá condenar a la entidad demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto¹ se indicó que:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho en tanto la ejecutante debió constituir apoderado para acudir al proceso judicial, habrá de condenarse a su pago a la entidad y en favor de la parte demandante por la suma de **\$3.985.884,03** de conformidad con el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales,**

RESUELVE

PRIMERO: SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN en la forma establecida en el mandamiento de pago, dentro del presente proceso **ejecutivo** que promueve **GYPLAC S.A.** en contra del **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

SEGUNDO: ORDENAR la liquidación del crédito en la forma establecida en el art. 446 del CGP.

TERCERO: Una vez se encuentre ejecutoriado el presente auto, **CONTINÚESE** con el trámite respectivo, hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento del fallo ejecutado.

CUARTO: CONDENAR en costas en lo que tiene que ver en agencias en derecho **por la suma de \$3.985.884,03** a cargo del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y a favor de la parte ejecutante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8bab0836b3c82007959db9bf2dd726a0fe849b36718fd569f5ff32c3150d0e67**
Documento generado en 31/03/2022 03:46:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicación 17001-33-33-004-2016-0088-00
Medio de Control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: HECTOR DE JESUS RAMÍREZ OCAMPO
Demandada: DEPARTAMENTO DE CALDAS
Sentencia: 40

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, de conformidad con el ultimo inciso del art. 181 del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que se declare la nulidad del oficio UPS 2050 del 22 de diciembre de 2015 que negó la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación, negando derechos adquiridos.
- Que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 0223 del 22 de julio de 2014 por medio de la cual se reliquidó parcialmente las cesantías desconociendo y negando la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación.
- Que se declare la nulidad de la resolución No. 7425-1 del 27 de octubre de 2014, que resolvió el recurso de apelación y confirmó la resolución 0223.
- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que se le reconozca y ordene incluir la prima técnica como factor salarial en la base de liquidación para el cálculo de las cesantías.
- Que se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS a liquidar y pagar a favor del actor la suma de \$6.047.657,20 como diferencia entre lo ya reconocido y cancelado con la resolución 0223 del 22 de julio de 2014.
- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS a pagar las sumas reconocidas debidamente indexadas.

- Se ordene a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del C.C.A. y a pagar los intereses moratorios previstos en el inciso tercero, en concordancia con el artículo 195.

2.2. Fundamentos fácticos:

- Señala que el señor HECTOR DE JESUS RAMIREZ OCAMPO prestó sus servicios al Estado Colombiano como celador de locales escolares.
- Que el Departamento de Caldas le liquidó y reconoció cesantía total al mandante, mediante la resolución No. 0012 del 2 de febrero de 2000 y No. 01307 del 19 de diciembre de 2002.
- Que por Decreto Departamental No. 0337 del 2 de diciembre de 2010 se modificó el Decreto Departamental No. 0399 de 2007, mediante el cual se homologan y nivelan los salarios de los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas – Sector Educación, financiada con recursos del sistema general de participaciones y mediante Decreto Departamental No. 0353 de diciembre de 2010, se incorpora por homologación y nivelación salarial, la planta de personal administrativo del Departamento de Caldas, con lo cual se reconoció que existía una deuda por retroactivos originados desde 1997.
- Teniendo en cuenta lo anterior y que el demandante laboró hasta el 31 de diciembre de 1999, mediante resolución No. 1998-6 del 22 de marzo de 2013 aclarada por la resolución No. 4274-6 del 26 de junio de 2013, le fueron ordenados cancelar por concepto de pago por homologación y nivelación salarial, los retroactivos correspondientes.
- Teniendo en cuenta lo anterior, mediante oficio radicado en el DEPARTAMENTO DE CALDAS el 2 de julio de 2014 solicitaron la reliquidación de las cesantías para que se tuviera en cuenta todos los nuevos factores salariales cancelados con ocasión de la homologación.
- La entidad dio contestación, reliquidando parcialmente las cesantías, mediante la resolución No. 0223 del 22 de julio de 2014, donde se tuvo en cuenta: Sueldo, prima de alimentación, horas extras dominicales, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones y no se incluyó prima técnica por evaluación de desempeño, factor que fue devengado y certificado por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial.
- A la anterior resolución se le interpuso recurso de apelación, solicitando la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño, el que fuera contestado negativamente mediante la resolución No. 7425-1 del 27 de octubre de 2014.
- Que nuevamente mediante oficio radicado el 2 de diciembre de 2015 se solicitó la reliquidación de las cesantías para que se tuviera en cuenta la prima técnica

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co
 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales
 WhatsApp 318 241 0825

en la base de liquidación utilizada para calcular las cesantías, siendo resuelta de manera negativa mediante el Oficio UPS 2050 del 22 de diciembre de 2015.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

- Constitución Política: Artículos 13, 25, 53 y 5.
- Código Sustantivo del Trabajo artículo 127.
- Decreto 1042 de 1975,
- Decreto 1160 de 1974,
- Ley 5 de 1969 y demás normas concordantes

Argumenta que como lo ha expresado la Corte Constitucional, la Carta no ha definido reglas expresas y precisas en relación con el concepto de salario, con los elementos que lo integran ni con sus efectos, lo que implica aceptar que es una materia que debe ser regulada por el Legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, así como los demás principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

Aduce que salario es todo lo que habitualmente devenga el trabajador, reforzando su tesis con jurisprudencia de Altas Cortes y sostiene que el Decreto 1042 de 1978 define los factores constitutivos de salarios para los empleados públicos, entre ellos en el artículo 42 literal c) está la *prima técnica*.

Sobre este particular menciona una ponencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado de marzo 26 de 1992, radicado No. 433 que absuelve una consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social respecto a que todo lo que devenga el trabajador constituye salario.

También relaciona el Concepto No. 1393 del 18 de Julio de 2002 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de H. Consejo de Estado que ratifica que salario es todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio.

Igualmente hace alusión a una sentencia del Consejo de Estado que adopta una concepción similar al concepto de salario que es lo que se cancela de manera habitual como retribución directa del servicio, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado 2006-07509-01 (0112-09) M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Concluye que, atendiendo los pronunciamientos, las prestaciones sociales como la cesantía deben liquidarse con fundamento en la remuneración, que es todo lo percibido por el empleado oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral, independiente de un texto legal o convencional que consagre o excluya como factor salarial.

2.4. Contestación de la demanda DEPARTAMENTO DE CALDAS:

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por cuanto carecen de fundamento fáctico, jurídico y legal para que prosperen.

Sostiene que la Ley 60 de 1990 en su artículo 2 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público, entre ellos lo establecido en el numeral 3o **“Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación”**.

Que de acuerdo a lo anterior el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1661 de 1991 “Por el cual se modifica el régimen de prima técnica” definiendo en el artículo 1 el campo de aplicación y en el artículo 2 los criterios que deben ser tenidos en cuenta para otorgar la prima técnica.

Agregó que el Decreto Nacional 2164 de 1991 reglamenta parcialmente el citado Decreto – Ley), determinando en el artículo 5, los criterios para otorgar la prima técnica por evaluación del desempeño.

Que como se desprende claramente de la norma, la prima técnica por estudios de formación avanzada es la única que de acuerdo a la ley constituye factor salarial para la liquidación de elementos salariales o prestacionales; por el contrario, cuando se otorga por evaluación del desempeño, no constituye factor salarial.

Frente al tema relaciona el concepto No. 1702 del 7 de diciembre de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, además del pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B, Radicado 2002-00283-01 en donde se expresa que la prima técnica otorgada mediante evaluación de desempeño no constituye factor salarial.

Propuso la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, sustentada en que el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 establece que la prima técnica no constituye factor salarial cuando ha sido asignada con base en la evaluación de desempeño.

2.5. Traslado de excepciones:

La parte demandante no se pronunció frente a la excepción propuesta por el Departamento de Caldas.

2.6. Traslado de alegatos:

Parte demandante:

La parte demandante hizo uso de esta etapa procesal para decir que la jurisprudencia ha decantado el concepto de que salario constituye toda suma que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por los servicios que ha prestado,

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co
 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales
 WhatsApp 318 241 0825

tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, entre otros; además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos.

Indica que el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 define qué otros factores constituyen salario, apoyando su argumento en conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado no. 433 del 26 de marzo de 1992, M.P. Humberto Mora Osejo y concepto radicado No. 1393 del 18 de junio de 2002, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

También indica que la Sección Segunda ha adoptado una concepción muy similar del salario al estimar que: *“(...) es válido tener en cuenta que todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajo de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica...”*

Concluye que las prestaciones como la cesantía, deben liquidarse con fundamento en la remuneración de todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral, independientemente de la existencia de un texto legal o convencional que consagre o excluya como factor salarial, por lo que solicita se acceda a las súplicas de la demanda.

Parte demandada: Se pronuncia en esta etapa planteando argumentos ajenos al fondo de la litis que habrá de ser analizada en este caso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Suplica el señor HÉCTOR DE JESUS RAMÍREZ OCAMPO, se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por el Departamento de Caldas que resolvieron negativamente la inclusión de la prima técnica como factor salarial para liquidar las cesantías totales.

3.2. Problema Jurídico:

¿La prima técnica por evaluación de desempeño constituye factor salarial para reliquidar las cesantías?

¿Tiene derecho el demandante a la reliquidación de las cesantías con inclusión de la prima técnica como factor salarial?

3.3. De lo probado en el proceso:

 (6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

De acuerdo al material probatorio recaudado dentro del iter procesal, quedó establecido lo siguiente:

6

- Que el señor HECTOR DE JESUS RAMÍREZ OCAMPO prestó los servicios para la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en el cargo administrativo de nivel asistencial como Celador de Locales Escolares del Municipio de Manizales, desde el 1 de febrero de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1999, ostentando la calidad de empleado público (fl. 19 C1).
- Según certificado No. 3154 expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el 5 de noviembre de 2015, el demandante devengó los siguientes factores salariales durante el último año de servicios: Sueldos mensual, prima de alimentación mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, prima técnica 50% de la asignación básica mensual, horas extras, dominicales y festivos (fl. 19 C1).
- Al señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo, le reconocieron cesantías totales mediante la resolución No. 00012 del 2 de febrero de 2000 (fl. 3 C1 y 36 vto y 37 C2).
- Que mediante resolución No. 001307 del 19 de diciembre de 2002 en acatamiento de la Ley 43 de 1975 "*por medio de la cual se nacionalizó la educación*" y del convenio firmado por el Ministerio de Hacienda para el manejo de los recursos y el reconocimiento y pago de las cesantías del personal administrativo nacionalizado, se liquidó y reconoció unas cesantías al señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo por el período comprendido entre el 1 de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 1980 (fls. 5 a 9 C1 y 34 a 36 C2).
- Mediante resolución No. 1998-6 del 22 de marzo de 2013 se reconoció y ordenó un pago por concepto de homologación y nivelación salarial a favor del señor RAMÍREZ OCAMPO HÉCTOR DE JESÚS por el período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009 (fl. 41 a 43 C2 y fl. 11 a 12 C1).
- Por medio de la resolución No. 4274 del 26 de junio de 2013 se aclaró la resolución No. 1998-6 (fl. 38 C2 y fl. 15 C1).
- Mediante la resolución No. 0223 del 22 de julio de 2014 se reliquidó la cesantía total al señor Héctor de Jesús, basada en la homologación y nivelación salarial (fls. 25 a 27 C1)
- A través de apoderado, el señor Héctor de Jesús presentó recurso de apelación frente a la decisión anterior pretendiendo la inclusión de la prima técnica con su respectivo valor homologado e indexado en la reliquidación de las cesantías totales (fl. 27 vto a 31 C1).
- Por resolución No. 7425-1 del 27 de octubre de 2014 resolvieron el recurso de apelación frente a la resolución 0223 confirmándola en todas sus partes (fl. 33 a 37 C1 y fl. 14 a 16 C2).

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co
 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales
 WhatsApp 318 241 0825

- Seguidamente por derecho de petición del 2 de diciembre de 2015, el demandante a través de apoderado solicito revisión y reliquidación de cesantías definitivas por falta de inclusión de factores salariales e indexación (fl. 7 a 10 C2 y 38 a 41 C1).
- La Secretaría General de la Gobernación de Caldas por medio del oficio UPS 2050 del 22 de diciembre de 2015, le respondió aduciendo que las pretensiones planteadas fueron resueltas mediante las resoluciones 7425-1 por lo que consideraron deben estarse a lo resuelto en la misma (fls. 5 a 6 C2 y 43 a 44 C1).



3.4. Argumento Central:

3.4.1. Marco normativo de la Prima Técnica:

Mediante la Ley 60 del 28 de diciembre de 1990, publicada en el Diario Oficial No. 39615 del 31 de diciembre de 1990 *“Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional”*, estableció en el artículo 2º:

“Artículo 2.- De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público.

(...)

*3º **Modificar el régimen de la prima técnica**, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, **se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial**. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación.”* (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Dicha Ley fue reglamentada por el Decreto 1661 del 27 de junio de 1991 *“Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”*, señalando:

*“Artículo 1º.- **Definición y campo de aplicación.** La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada*

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

organismo. **Asimismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.**

Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Artículo 2º.- Criterios para otorgar Prima Técnica. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.

a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años; o,

b)- Evaluación del desempeño.

(...)

Artículo 3º.- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica. Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. **La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.** (Subrayado y resaltado fuera de texto).

(...)

Artículo 7º.- Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. **La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.**

El Decreto 1661 de 1991 fue reglamentado *parcialmente* por el Decreto 2164 del 17 de septiembre de 1991 publicado en el Diario Oficial No. 40039, que en lo referente estableció;

“Artículo 1º.- Definición y campo de aplicación. La prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. **Así mismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.**

Tendrán derecho a gozar de la prima técnica los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

(...)

Artículo 3º.- Modificado por el artículo 1º del Decreto 1335 de 1999, Modificado por el artículo 1º del Decreto 2177 de 2006. Criterios para su asignación. La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:

- a) Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada; o
- b) Terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada; o
- c) Por evaluación del desempeño.**

(...)

Artículo 5º.- De la prima técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

Parágrafo. - Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso.

Artículo 6º.- Requisitos. El empleado que solicite la asignación de prima técnica deberá acreditar los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Cuando se asigne con base en el criterio de que trata el literal a) del artículo 2 del Decreto-ley 1661 de 1991, solamente se tendrán en cuenta los requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe el empleado.

(...)

Artículo 11.- Temporalidad. **El disfrute de la prima técnica se perderá:**

- a). **Por retiro del empleado de la entidad a la cual presta sus servicios;**
- b). **Por la imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones,** caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica;
- c). **Cuando haya sido otorgada por evaluación del desempeño, se perderá, además, por obtener el empleado calificación de servicios en porcentaje inferior al establecido en el artículo 5º de este Decreto o porque hubieren cesado los motivos por los cuales se asignó.**

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Parágrafo.- La pérdida del disfrute de la prima técnica operará en forma automática, una vez se encuentre en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción, o la respectiva calificación.

La pérdida de la prima técnica por cesación de los motivos que originaron su otorgamiento será declarada por el Jefe del organismo, mediante resolución motivada contra la cual no procederá recurso alguno.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

3.4.2. Régimen de transición de la Prima Técnica:

El Decreto 1724 del 4 de julio de 1997 publicado en el Diario Oficial No. 43081 del 11 de julio de 1997, “Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”, modificó el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991, indicando:

“Artículo 1º.- La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público.

Artículo 4º.- Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Artículo 5º.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, los artículos 2, 3 y 5 del Decreto 1384 de 1996, el artículo 5 del Decreto 55 de 1997, el artículo 8 del Decreto 52 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

El Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003 publicado en el Diario Oficial No. 45200, “Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”, derogó el Decreto 1724 de 1997 y modificó el Decreto 2164 de 1991, modificando nuevamente el régimen general de prima técnica:

“Artículo 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.

Artículo 4º. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

establecidas en el artículo 1º, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Artículo 5º. Lo dispuesto en los artículos anteriores no se aplicará:

...

c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensen pecuniariamente los factores aquí establecidos para asignar Prima Técnica;

...

f) A los beneficiarios de la prima técnica de que tratan los Decretos-ley 1016 y 1624 de 1991.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De la lectura de las normas se pone en evidencia que la prima técnica por evaluación del desempeño es un pago sujeto a condición; es decir, a la obtención de una calificación mínima del 90%, lo cual está sujeta a variables, por lo que no puede decirse que la prima técnica es una retribución habitual y permanente, sino incluso factible de pérdida por calificación inferior a 90%. Además del mismo texto normativo se vislumbra que legislador le dio la connotación que no constituye factor salarial.

3.4.3. Precedente jurisprudencial:

La sentencia C-244 de 2013, ofrece un panorama que describe el origen del pago de la prima técnica en los siguientes términos:

*“En el Decreto 2285 de 1968, el Estado creó un incentivo económico especial para poder retener dentro de su burocracia a personas que por su excepcional preparación técnico-científica merecieran un complemento a sus salarios legales ordinarios. A este complemento se le denominó "prima técnica". Las condiciones de aplicación de la prima técnica la hacían un fenómeno bastante excepcional y encaminado a la retención de personal con conocimiento técnico-científico muy calificado en áreas de conocimiento especializadas. Esta concepción general se mantuvo en el Decreto-ley 1042 de 1978 que le daba continuidad a la idea de remunerar a personal especializado con perfiles técnico-científicos. **El tema fue retomado en la Ley 60 de 1990 donde se autorizó al ejecutivo para que expidiera una nueva reglamentación que permitiera "[m]odificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial.**"¹ De conformidad con esta Ley de autorizaciones, el ejecutivo expidió el Decreto 1661 de 1991 en el que se estableció un nuevo régimen ordinario para la aplicación de la prima. **En el artículo 1º de dicho Decreto se definió la Prima Técnica como "un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a***

¹ Ley 60/90, artículo 2º, num. 3º.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. **Asimismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo**, en los términos que se establecen en este Decreto."

Pero la prima otorgada por "reconocimiento al desempeño en el cargo" empezó a tener un nuevo uso dentro del marco de la política salarial del gobierno. Bajo la percepción que los funcionarios de nivel directivo tenían salarios bajos en comparación a los ofrecidos por el sector privado, el Gobierno empezó a aplicar la prima técnica a funcionarios de nivel directivo de la rama ejecutiva según el Decreto 2164 de 1991. Esta nivelación por vía de reconocimiento de la "prima técnica" se empezó a hacer en función del cargo y sin necesidad de demostrar, por parte del funcionario, las exigentes condiciones que originalmente se exigían. Frente a esta norma, la doctrina especializada en el tema empezó a hablar de una prima técnica "automática", diferente a las obtenidas (i) por especial cualificación técnico-científica o (ii) por excepcional desempeño laboral. Este tipo de prima "automática" fue también aplicado a la rama judicial (Decreto 1016/91)....."

Adicionalmente, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado mediante sentencia del 30 de julio de 2015, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve² señaló:

"Es tan viable el trato diferenciado en la prima técnica que en unos casos constituye factor salarial y en otros no. La Corte Constitucional se pronunció particularmente sobre la prima técnica cuando esta no constituye factor salarial. mediante la Sentencia C- 279 de 1996³, y en ella declaró exequible las siguientes frases "...y sin que constituya factor salarial" del numeral 3°, artículo 2° de la Ley 60 de 1990; "...sin carácter salarial" de los artículos 14 y 15 de la Ley 4° de 1992. En esa oportunidad, esa Corporación analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual, el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales. Finalmente adujo, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores⁴, textualmente afirmó:

"...Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional".

² Radicación número 11001-03-25000-2010-00009-00 (0051-10)

³ Conjuez Ponente Dr. Hugo Palacios Mejía.

⁴ C-279 de 1996 M.P. Hugo Palacios Mejía

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

También advirtió:

“...no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la república. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por la cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos”.

A la misma conclusión llegó en la sentencia C- 424 de 2006 en donde estudió la constitucionalidad del artículo 7º del Decreto 1661 de 1991 “Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”, en su análisis dijo “Respecto del argumento presentado por la demandante de acuerdo con el cual “el hecho de que las normas acusadas establezcan a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y una especial, que no constituye factor salarial, lesiona el derecho a la igualdad constitucional en el campo del trabajo” (énfasis dentro del texto), **recordó la Corte que existía ya una jurisprudencia reiterada, rica en matices y contenidos, acerca del derecho a la igualdad. Recalcó, por lo demás, que “el derecho a la igualdad se predica[ba] entre iguales”. De ahí, que cuando existen razones objetivas y no arbitrarias para determinar regímenes diferentes entre sujetos ubicados en condiciones distintas, es factible establecer diferenciaciones sin que ello signifique una discriminación injustificada.**” Para llegar a la siguiente conclusión **“En el presente proceso, la Corte reitera los argumentos de la sentencia C-279 de 1996 para declarar la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991. Por tratarse del mismo contenido que la norma enjuiciada en la sentencia C-279 pero, en este caso, encontrarse en otro texto, en otra Ley, y no habiéndose modificado el contexto fáctico y normativo, la Corte acoge el precedente y, en consecuencia, declarará la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991”.**

Tal como lo ha interpretado la jurisprudencia, al considerar que la prima técnica no constituye factor salarial, en el presente caso la que se otorga por evaluación de desempeño, no implica que se vulnere el derecho a la igualdad porque existen razones objetivas que la diferencia de la prima técnica por conocimientos avanzados y especializados que sí constituye factor, y son las calidades de las personas para las cuales fueron creadas, su responsabilidad y los requisitos para ser beneficiarios de tal prestación son diferentes.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia del 16 de noviembre de 1995, mediante la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra unos apartes de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en relación a la noción de salario expuso⁵:

“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como

⁵ C-521, 1995

contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales". (subrayas y negrillas del Despacho)

De igual forma, otro pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", radicado **2012-00260 (3568-15)** del 02 de febrero de 2017, desarrolló el concepto de salario, en los siguientes términos:

*Esta corporación⁶ ha hecho la distinción de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. **Devengar, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título; mientras que el Salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario,** así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida en que pueden devengarse –causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.*

Así las cosas, cuando la ley se refiere expresamente al salario como unidad de medida, todo pago que tenga un propósito retributivo, constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial y debe incluirse en la base de liquidación del derecho pretendido.

En ese orden de ideas, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica"

Lo anterior deja sin sustento la afirmación del demandante cuando dice que la prima técnica se trata de un pago habitual incorporado salarialmente; y no podría ser considerado salario, por cuanto es principio constitucional que el salario debe ser progresivo y no puede estar sujeto a desmejora. Por tanto, el reconocimiento de la prima técnica depende del desempeño que el empleado tuviese en el año correspondiente, de tal forma que no puede ser admitido con carácter permanente en virtud a que en cualquier momento podía perderse por calificación inferior a 90%.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01(1854-09).

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

De igual forma, tampoco podría considerarse como tal porque la misma ley definió como un ingreso que no podía ser imputado en la liquidación del mismo; es decir, sin carácter de salarial sin que con ello se lesione el derecho al trabajador como lo sostuvo la jurisprudencia enunciada de manera precedente.

3.5. Caso concreto:

La Secretaria de Educación del Departamento de Caldas mediante certificado No. 3154 del 5 de noviembre de 2015 enuncia que el señor HECTOR DE JESUS RAMÍREZ OCAMPO devengó LA PRIMA TÉCNICA en forma mensual desde 1994 por EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO, en un porcentaje del 50% de la asignación básica.

El demandante pretende que la PRIMA TÉCNICA sea tenida en cuenta como factor salarial para reliquidar las cesantías totales, dada su condición de haber sido recibida de manera habitual y periódica, en consideración a los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad y el principio de favorabilidad.

Por su parte la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas aduce que la prima técnica por evaluación de desempeño establecida en el literal b) del artículo 2 del Decreto 1661 no constituye factor salarial, según lo dispone el artículo 7 de la misma obra.

Del análisis de la ley y la jurisprudencia, se pudo determinar que la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye salario, por lo siguiente:

- Porque la misma ley que autorizó la prima técnica (Ley 60 de 1990 art. 2 num. 3⁷) y el decreto que modificó el régimen de la misma (Decreto 1661 de 1991 arts. 1, 2 lit. b y art. 7⁸) así lo dispusieron.
- Porque la Corte Constitucional⁹ al hacer un examen de constitucionalidad de las mismas normas sobre la prima técnica cuando esta no constituye factor salarial, las declararon exequibles en tanto consideró que no lesionan el derecho a la igualdad porque existen razones objetivas y no arbitrarias para determinar regímenes diferentes, en tanto las calidades de las personas para las cuales fueron creadas (por tener formación avanzada y experiencia altamente calificada y por evaluación de desempeño), su responsabilidad y los requisitos para ser beneficiarios de tal prestación son diferentes.
- Y por último, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional al hacer un análisis de la noción de salario, sostuvieron que la misma ley puede determinar que ciertos pagos según su naturaleza y por disposición legal pueden tener la connotación de carácter salarial o no.

⁷ 3°. “Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial...”

⁸ Artículo 7. “...La prima técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.”

⁹ C-279 de 1996 y C- 424 de 2006.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

3.6. Conclusión:

Si bien la prima técnica fue creada por ley, la norma fue explícita al señalar que si era asignada por evaluación de desempeño no sería factor salarial, de manera que ordenar su inclusión resultaría ilegal y contravendría no solo la estipulación legal sino el alcance de las sentencias de la Corte Constitucional.

Tampoco es dable aplicar el PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, pues éste sólo opera cuando se presenta un conflicto entre normas y cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, y en el presente caso la prima técnica tiene regulación propia y no presenta conflicto con las normas que la regulan.

En este orden de ideas, y de conformidad con lo ut supra mencionado, el Despacho concluye sin mayor dificultad, que en el caso del actor, la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial para reliquidar las cesantías totales, por lo que se declarará probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, negando por lo tanto las pretensiones de la demanda.

3.7. Condena en Costas:

El Despacho dispondrá condenar a la **parte demandante**, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto¹⁰ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que se encuentra acreditado que la entidad ha acudido al presente proceso a través de apoderados judiciales, se condenará en costas a cargo de la parte demandante y en favor de la entidad, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se fija como agencias en derecho la suma de CUATROCIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$ 423.335.00), correspondiente al 7% del valor de las pretensiones (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto, en audiencia de Oralidad el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SE CONDENA en costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia que del poder hace el Dr. OMAR OROZCO CÁRDENAS, como apoderado del Departamento de Caldas, dado que cumple las previsiones del artículo 76 del C.G.P., según memorial incorporado al expediente digitalizado archivo: 10RenunciaPoder.pdf.

QUINTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

 (6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **347482d16a5295b87fc1094a82bd9c32d9d6b05d5f9d7b4e6a2efa22b9b1cd8e**
Documento generado en 31/03/2022 03:46:27 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA AMINTA ORTIZ RAMÍREZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
RADICADO: 170013333004-2017-00388-00
SENTENCIA No.: 34

1. ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada, de conformidad con el art. 182 del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

- Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 014384 del 15 de abril de 2015, expedida por la UGPP, con la cual negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 027933 del 8 de julio de 2015, por medio de la cual la UGPP resolvió un recurso de apelación, y confirmó en todas sus partes la Resolución N° RDP 014384 del 15 de abril de 2015.
- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la accionante tiene derecho a que la UGPP le reconozca y le pague su pensión de jubilación en cuantía de \$1.113.756.03 ml/cte, efectiva a partir del 20 de diciembre de 2003 -fecha de retiro del servicio oficial y liquide los reajustes pensionales de ley.
- Que se condene a la UGPP, a pagar una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, o sea, \$1.113.756.03, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85; 62/85, 71/88 y demás normas concordantes, conforme al principio de favorabilidad considerando también los más de 15 años de servicios anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.
- Que se ordene a la UGPP liquidar y pagar a la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución N° 4551 del 5 de septiembre de 1989, reliquidada mediante la Resolución N° 7795 del 24 de abril de 2002, Resolución 48095 del 30 de diciembre de 2005 y Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017 y la sentencia que ponga fin a este proceso; a partir de la fecha definitiva de retiro del servicio oficial de la

demandante hasta el momento de la inclusión en nómina con la totalidad de los factores salariales, demandados (prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima técnica) además de los que ya se tuvieron en cuenta en las precitadas resoluciones.

- Que se ordene a la UGPP pagar sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC.
- Que se ordene a la entidad demandada, cumplir el fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA.
- Que se ordene a la UGPP a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
- Que se condene a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
- Que se condene en costas a la parte accionada.

2.2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

- La señora MARÍA AMINTA ORTÍZ RAMÍREZ prestó sus servicios por más de 20 años, siendo el último cargo el de Pagadora en la Secretaría de Educación Municipal de Manizales.
- Que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 y de la Ley 100 de 1993, la accionante contaba con más de 15 años de servicio, por lo que conforme al parágrafo 2º del art. 10 y 36, respectivamente, le deben respetar las garantías y beneficios adquiridos establecidos en disposiciones anteriores a éstas.
- Que el estatus pensional de la demandante fue adquirido el 26 de abril de 1987, momento en el que cumplió 50 años de edad.
- Perteneció a la planta del Departamento de Caldas hasta el 31 de diciembre de 2002 y a partir del 1 de enero de 2003 fue trasladada a la planta del Municipio de Manizales.
- Mediante Resolución n°4551 del 5 de septiembre de 1989, se reconoció pensión de vejez a la accionante, conforme a la ley 100/93 y decreto 1158/94, reliquidada mediante la Resolución No. 7795 del 24 de abril de 2002; resolución No. 48095 del 30 de diciembre de 2005 y resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017 en cuantía de \$887.430 efectiva a partir del 20 de diciembre de 2003.
- Mediante Decreto Departamental No. 0337 del 2 de diciembre de 2010 se modificó el Decreto Departamental No. 0399 de 2007 mediante el cual se homologan y nivel salarialmente los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas – Sector Educación; financiada con recursos del Sistema General de Participaciones y, a través del Decreto No. 0353 de diciembre de 2010 se incorpora la homologación y nivelación salarial; la planta de personal administrativo del Departamento de

Caldas, con lo cual se reconoció que existía una deuda por retroactivos originados desde 1997.

- Que, teniendo en cuenta que la accionante hizo parte de la planta del Departamento hasta el 31 de diciembre de 2002; mediante Resolución No. 2212-6 del 22 de marzo de 2013 aclarada por Resolución No. 4672-6 del 4 de julio de 2013, se ordenó cancelar la homologación y nivelación salarial, los retroactivos correspondientes.
- Que el Municipio de Manizales modificó el Decreto No. 083 de 2012 por medio del cual se homologan y nivelan salarialmente los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Sector Educación, a través del Decreto No. 0338 del 12 de octubre de 2012; con el cual se reconoció que existía una deuda por retroactivos originados desde 2003, los cuales le fueron cancelados a la accionante mediante la Resolución No. 9105-6 del 11 de diciembre de 2014.
- En oficio radicado el 17 de diciembre de 2014, ante la UGPP y a través del recurso de apelación radicado el 5 de mayo de 2015, se solicitó la revisión de la pensión para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, interrumpiendo cualquier prescripción de conformidad con el artículo 102, numeral 2 del Decreto 1848 de 1969, negados por la UGPP mediante los actos administrativos demandados.
- Que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN – hoy UGPP, al reliquidar la pensión de la accionante, solo tuvo en cuenta la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios, excluyendo la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima técnica, los cuales fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial.
- Que la UGPP debió liquidar la pensión de jubilación de la demandante, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según el art. 3 de la ley 33 de 1985; art. 1 #3 del a Ley 62 de 1985 y las demás normas concordantes conforme a los factores devengados entre el 20 de diciembre de 2002 y el 19 de diciembre de 2003.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 2, 6, 25 y 58; Art. 10 del Código Civil, Ley 57 de 1987, Ley 1437 de 2011, artículo 36 inc. 2 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Art. 4 de la Ley 4 de 1966, Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968, Ley 5 de 1969 y Ley 71 de 1988.

2.4. Contestación de la demanda:

Dentro de la oportunidad legal otorgada, la UGPP contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en las excepciones que denominó:

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, en tanto los actos atacados no son violatorios de ninguna norma y se ajustan al régimen

jurídico y a la interpretación de la Corte Constitucional sobre el Régimen de Transición con base en la cual se debe liquidar la prestación conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994; refiere que se debe diferenciar el concepto de factor salarial del de elemento salarial.

“IRRETROACTIVIDAD”, refiere que en la demanda se solicita aplicar retroactivamente un acto en el que la UGPP no tuvo incidencia.

“PRESCRIPCIÓN”, en los términos del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral; y **“LA GENÉRICA”**, frente a todo hecho a favor de la entidad que constituya una excepción frente a las pretensiones. Llamó en garantía a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, dada la calidad de ex empleador del demandante, el cual fue negado por improcedente, decisión confirmada por el Tribunal administrativo de Caldas.

2.5. Alegatos de conclusión:

Parte demandante: Insistió que la UGPP debió liquidar la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación a la Ley 33 de 1985, artículo 1, inciso 3, modificado por la Ley 62 de 1985, y en consideración a la jurisprudencia del Consejo de Estado y solicitó que en la sentencia a proferir se indique que el derecho reconocido no puede ser menor a lo ya percibido por la accionante en aplicación del principio de favorabilidad.

Parte demandada: Se ratificó en los planteamientos desarrollados en la contestación de la demanda, particularmente en las posturas de la Corte Constitucional en SU 395 de 2017 y la SU del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado respecto del concepto Ingreso Base de Liquidación y régimen de transición.

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Fondo del asunto:

Se contrae el Juzgado a determinar la legalidad de los actos demandados, mediante los cuales le negaron a la parte demandante el reajuste de su pensión de jubilación, con la inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicios.

3.2. Problema jurídico

El problema jurídico provisional planteado en el auto del 27 de julio del presente año, se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se reliquide su pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios?

3.3. Premisas normativas y jurisprudenciales:

Teniendo en cuenta que la señora MARIA AMINTA ORTIZ RAMIREZ obtuvo su derecho pensional para el 26 de abril de 1987, cuando le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la resolución 4551 del 5 de septiembre de 1989, condicionada al retiro del servicio, el régimen jurídico aplicable estaría bajo el marco de las normas que pasan a referirse. Al respecto:

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...) b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968¹ que con su artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

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

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

*“ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando **como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.**”*

A su vez, los artículos 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969 preceptúan:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades,

¹ Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.

ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”

Por mandato del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones. Su tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978.

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969

(...)

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

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. Ver Artículo 7 y ss. Ley 71 de 1988

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

La ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, en el artículo 1º, párrafo 2, ibidem, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6 de 1945.

La Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

“Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

De su aplicación se exceptúan tres casos:

- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.
- Y los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Ahora bien, como en este asunto la demandante no se encuentra enmarcada dentro del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, no es del caso traer la hermenéutica plasmada por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, pues las reglas de interpretación que allí se plasman se refieren al régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus beneficiarios.

Lo anterior, por cuanto como ha quedado acreditado en el proceso, la actora adquirió su derecho a la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, bajo la vigencia de las normas antes referidas aplicables por lo tanto de manera directa, y no por vía de la transición prevista en el actual ordenamiento del sistema general de pensiones.

El Tribunal Administrativo de Caldas, en un caso similar al que ahora ocupa la atención del Juzgado, explicó lo siguiente²

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

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión

² Tribunal Administrativo de Caldas, M.P. agosto Morales Valencia, Radicación No. 17-001-33-33-001-2016-00197-02, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

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

(...)

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

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

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”-/Resalta la Sala/.

Se ha señalado con suficiencia por este Tribunal³ que la normativa reproducida ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos también en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

El H. Consejo de Estado ha entendido como salario “lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den”⁴, esa misma alta Corporación en providencia de 16 de febrero de 2012⁵, reiterando lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 4 de agosto de 2010⁶, expresó que:

“...Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...” /Subrayas de la Sala/.

Epítome de lo expuesto, la demandada debió realizar la liquidación de la pensión de jubilación de la señora MARÍA ALEYDA LÓPEZ DE ARIAS en una cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de prestación de servicios, entre el 1 de septiembre de 1996 y el 31 de agosto de 1997, esto es, asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad /Documento Digital Nº 52, fl. 156 cdno. 1/, sumas que recibió habitual y periódicamente como retribución de sus servicios,

³ Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

y al no haberlo hecho, imponía la nulidad del acto demandado, como en efecto ocurrió en primera instancia...”⁷

3.4. Premisas fácticas:

- La demandante fue pensionada mediante resolución No. 4551 del 5 de septiembre de 1989, en cuantía de \$ 28.855.31, efectiva a partir del 26 de abril de 1987.
- Mediante la resolución No. 07795 del 24 de abril de 2002, se le reliquidó la pensión de jubilación incluyéndole la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad. Dicho reajuste se ordenó a partir del 1 de enero de 2001, con la acreditación del retiro definitivo del servicio.
- A través de la Resolución No. 043095 del 30 de diciembre de 2005, se reliquidó la pensión reconocida a la señora MARÍA AMINTA ORTÍZ RAMÍREZ por la acreditación de nuevos tiempos de servicios, anunciándose en dicho acto administrativo, que la demandante se retiró del servicio a partir del 18 de diciembre de 2003. Se le calculó el reajuste con la inclusión de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad devengados en la anualidad 2002-2003.
- Fue aportada la resolución No. RDP011428 del 21 de marzo de 2017 que resolvió un recurso de apelación en contra de la resolución No. 46185 del 7 de diciembre de 2016, ordenando una reliquidación pensional a partir del 20 de diciembre de 2003, con un IBL del 85%.
- En lo que respecta a la homologación de la cual fue objeto, fueron aportados los siguientes actos administrativos:
 - Resolución No. 3060 del 10 de agosto de 2007, mediante la cual la Secretaría de Educación de Caldas ordena la liquidación de una deuda por Homologación y Nivelación Salarial y se ordena su pago. En la parte resolutive de dicho acto administrativo se observa la liquidación del retroactivo por dicho concepto, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de julio de 2006. Se tiene como factores liquidados los siguientes: Asignación básica, Bonificación Especial por Recreación, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Pago Prima Técnica – (no factor salario), Cesantías.
 - Mediante la resolución No. 2212-6 del 22 de marzo de 2013, el Departamento de Caldas le reconoció y ordenó el pago de una homologación y nivelación salarial, por el período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, teniendo en cuenta los siguientes conceptos. Sueldo, incremento por antigüedad, Prima Técnica, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Bonificación Especial por Recreación, Indemnización por Vacaciones, Prima de Navidad, Cesantías, reintegros por concepto de Auxilio de Transporte y Subsidio de Alimentación.

⁷ Tribunal Administrativo de Caldas, Rad. 17-001-33-33-001-2016-00197-02, M.P. AUGUSTO MORALES VALENCIA, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Dicho acto administrativo fue aclarado mediante la resolución No. 2212-6 del 22 de marzo de 2013.

- En certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se consignan como factores devengados para la anualidad de **enero 1 hasta el 31 de diciembre de 2002** los siguientes: **Sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima técnica 50% de la asignación básica mensual. Respecto a la prima técnica, se dice que corresponde a Evaluación de Desempeño.**
- Fue aportada constancia de la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales donde se certifican que los factores salariales devengados desde el **1 de enero de 2003 al 19 de diciembre de 2003**, correspondiente a los siguientes: **Sueldo, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima técnica factor no salarial, prima de navidad, pago de antigüedad.**
- Fue aportada la solicitud que se hiciera ante la UGPP con fecha de radicación 17/12/2014, pidiendo el reajuste objeto de la presente demanda
- Mediante la Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015, la UGPP le negó la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que la liquidación efectuada correspondía al promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo los factores salariales del art. 1 de la Ley 62 de 1985 y certificados por el Ministerio de Educación Nacional, sin tenerle en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.
- Con la resolución No. 027933 del 8 de julio de 2015, la UGPP confirmó la decisión contenida en la resolución No. RDP 014384.
- A través de la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2016 se resolvió recurso de apelación frente a la Resolución 46185 del 7 de diciembre de 2016 que negó la reliquidación pensional a la accionante y en su lugar, ordenó la reliquidación cuya efectividad sería a partir del 20 de diciembre de 2003 a cargo del Municipio de Dolores Tolima y del FOPEP.
- Por Resolución RDP 046185 del 7 de diciembre de 2016 se resolvió desfavorablemente solicitud de reliquidación pensión de vejez con un IBL del 85% conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993.

Conforme al recuento anterior, encuentra el Despacho que habrá de accederse a la reliquidación pensional con la inclusión de otros factores salariales que fueran certificados por las dos entidades territoriales y teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales aplicables al caso, conforme se resume en el siguiente cuadro:

| | |
|--|--|
| Factores salariales liquidados en la pensión de jubilación de la parte demandante Res. 4551 de 5/09/1989, reliquidada según Res. 07795 del 8 de abril de 2002 | Asignación básica Bonificación por servicios prestados Prima de antigüedad |
| Factores salariales devengados en el último año de servicios por la demandante | Departamento de Caldas: 01/01/2002 al 31/12/2002: |

| | |
|----------------|--|
| (homologación) | <p>Sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima técnica 50% de la asignación básica mensual (Evaluación de Desempeño).</p> <p>Municipio de Manizales 01/01/2003 al 19/12/2003</p> <p>Sueldo, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima técnica (Evaluación de Desempeño), prima de navidad, pago de antigüedad</p> |
|----------------|--|

Por lo tanto, es procedente acceder a la reliquidación pensional solicitada, no sólo por los factores salariales que le fueran reconocidos en la homologación sino también por los valores que allí se ponderaron.

Así lo expresó el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas en sentencia del 20 de agosto en curso, con ponencia del Magistrado AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN en asunto similar:

“En ese sentido, considera el Tribunal que ante el incremento que la homologación y nivelación salarial produjo en materia de salarios y de factores salariales tales como la bonificación por servicios prestados, es procedente disponer que la pensión de jubilación se reliquide atendiendo los nuevos valores allí reconocidos, máxime cuando respecto de los mismos se efectuaron descuentos con destino a pensión, según se informa en el mismo acto administrativo.

Es decir, claramente esta homologación y nivelación salarial trajo como consecuencia que los salarios percibidos por los empleados referenciados variaran, pues precisamente se trataba de terminar con una situación de desigualdad salarial entre los funcionarios pagados con recursos del sistema general de participaciones y los funcionarios pertenecientes al sector central del Municipio de Manizales.

En tal sentido concluye la Sala que sí es procedente acceder a la pretensión relativa a que el IBL de la pensión se reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, en tanto la entidad demandada no demostró que en la reliquidación realizada en el año 2010 se hubieran incluido esos factores salariales en sus valores homologados”.

Sí se negará la inclusión de la Prima Técnica por evaluación del desempeño certificada, pues no puede incluirse como factor salarial en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1661 de 1991, el cual creó el emolumento y determinó bajo qué condiciones constituiría factor salarial, así:

“ARTICULO 1. Definición y campo de aplicación. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

ARTICULO 2. Criterios para otorgar prima técnica. *Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:*

a) Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o

b) Evaluación del desempeño.

ARTICULO 7. Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. *La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2º del presente Decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo” /Resalta el Despacho /.*

En ese sentido, es evidente en el *sub lite* que la Prima Técnica devengada por la parte actora, fue otorgada bajo el criterio de evaluación de desempeño, por ende, no constituye factor salarial que pueda ser objeto de reconocimiento pensional.

Se concluye entonces que habrá de accederse a las pretensiones de la demanda, ordenando la inclusión de los factores devengados en ese último año de servicios y que corresponden a la **prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.**

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde el 20 de diciembre de 2003, fecha de retiro definitivo del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reconocer y pagar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Prescripción

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (Negritas fuera de texto)

La homologación y nivelación salarial fue reconocida a la actora en el año 2013 y la petición de reliquidación fue presentada el 17 de diciembre de 2014; así mismo la demanda se instauró el 27 de julio de 2017.

Lo expuesto significa que la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación a la demandante, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL, de donde surge con claridad que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial; el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años, por lo que se declarará no probada la excepción.

LA AUTORIZACIÓN DE DESCUENTO DE APORTES.

La entidad deberá al momento de realizar el reajuste pensional, realizar el descuento de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto a los cuales no se hizo deducción alguna, aportes que en todo caso han de ser asumidos por la pensionada en la proporción de ley, como ha de adicionarse en la parte resolutive. Así lo precisó el Tribunal Administrativo de Caldas⁸:

"...Como se sabe, prima facie, tanto el empleador como el trabajador tienen el deber legal de efectuar los aportes a pensión en la proporción que el mismo ordenamiento jurídico dispone. Sin embargo no sobra recabar que, en la medida que en sede jurisdiccional, con soporte en jurisprudencia del Consejo de Estado, se decida acceder a la pretensión de reliquidación en relación con factores salariales distintos a aquellos sobre los cuales se hicieron los respectivos descuentos de ley, se torna imperioso traer a colación lo expuesto por el H. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 23 de febrero de 2012⁹, en aras de dilucidar con diáfana claridad en qué proporción ha de asumir el pensionado el pago de dichos aportes¹⁰.

⁸ Tribunal Administrativo de Caldas, Rad. 17-001-33-33-001-2016-00197-02, M.P. AUGUSTO MORALES VALENCIA, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

⁹ C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 11001-03-06-000-2011-00045-00 (2068).

¹⁰ Dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil: "... También la jurisprudencia ha interpretado de diferente manera el mandato legal sobre la liquidación y el pago de los aportes a las entidades previsionales, y así como ha entendido que los respectivos descuentos solo proceden respecto de los factores que servirán de base para liquidar la pensión, también ha encontrado que dichos descuentos pueden ser hechos a posteriori, esto es, sobre los factores que finalmente concurren para la base de liquidación de la pensión.

Desde el punto de vista práctico encuentra la Sala que, con fundamento en las distintas interpretaciones, pueden darse las siguientes situaciones:

1) Bajo el criterio de que los factores relacionados en las normas estudiadas son taxativos:

...

2) Si el criterio que se aplicare es el de que los factores no son taxativos, el pensionado deberá asumir el pago de los aportes sobre los emolumentos que al final entren a conformar la base de liquidación de su pensión, si durante su vida laboral no aportó sobre ellos a la entidad previsional." /Resalta el Tribunal/.

Si bien es cierto que en otras ocasiones esta misma Corporación ha dispuesto con base en la doctrina expuesta, que las cotizaciones las asuma en su totalidad el demandante beneficiario de la reliquidación por nuevos factores salariales, ahora con fundamento en dictado jurisprudencial de la Sección Segunda, dispondrá que el expleado asuma por cotizaciones el porcentaje que por ley le ha debido corresponder. En ese sentido dijo recientemente el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 4 de septiembre de 2014 en el expediente con radicación 1420-11 que,

“... Resta precisar que en casos como este en los que el empleado no realizó aportes sobre la totalidad de los factores salariales devengados, la Sala ha concluido que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Lo anterior, toda vez que el monto de la pensión de la actora no puede verse afectado por la omisión en que incurrió la entidad empleadora al no efectuar los descuentos que le correspondían con destino a la seguridad social. En este orden, considera la Sala que, en aras de preservar los derechos del pensionado y satisfacer al mismo tiempo la exigencia de la relación entre aportes y pensión que se deriva del acto legislativo No. 01 de 2005, le corresponde a la entidad demandada proceder a descontar las sumas por conceptos de aportes a la seguridad social que no haya efectuado la actora sobre los factores devengados que se ordenen incluir en la base de liquidación...”/Resalta la Sala/.

En virtud de lo parcialmente reproducido, concluye la Sala que para el caso concreto la entidad demandada, al momento de realizar el reajuste pensional, habrá de realizar el descuento de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto a los cuales no se hizo deducción alguna, aportes que en todo caso han de ser asumidos por la pensionada en la proporción de ley, como ha de adicionarse en la parte resolutive.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

El Despacho condena en costas a la entidad demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto¹¹ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

¹¹Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que quedó acreditado que la parte demandante concurrió al presente proceso a través de apoderado judicial, habrá de condenarse a su pago a la entidad y en favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$ 872.862.00), correspondiente al 7% del valor de las pretensiones (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones Nos 014384 del 15 de abril de 2015 y la RDP 027933 del 8 de julio de 2015, expedidas por la UGPP que negaron la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARÍA AMINTA ORTIZ RAMÍREZ, con la inclusión de las primas de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad y los nuevos valores reconocidos por homologación y nivelación salarial, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la UGPP que reliquide la pensión de jubilación de la señora MARÍA AMINTA ORTIZ RAMÍREZ atendiendo los valores reconocidos con ocasión de la homologación y nivelación salarial reconocida incluyendo la prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, con efectos a partir del 20 de diciembre de 2003, fecha de retiro definitivo del servicio.

TERCERO: CANCELAR las sumas resultantes, de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La entidad deberá al momento de realizar el reajuste pensional, efectuar el descuento de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto a los cuales no se hizo deducción alguna, aportes que en todo caso han de ser asumidos por la pensionada en la proporción de ley.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS en la forma dispuesta en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: NOTIFICAR conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos y **DEVOLVER** los excedentes a la parte accionante si a ello hubiere lugar.

NOVENO: ORDENAR el archivo de las diligencias una vez ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4feeb722b57498fceceea11e0a12dad1a9f2339ae4ca1e6805af83adb45f8eae**

Documento generado en 31/03/2022 03:46:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 17001-33-33-004-2018-00073-00 |
| Demandante | UGPP |
| Demandado (s) | MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO |
| Medio de Control | NULIDAD y RESTABLECIMIENTO del DERECHO – LABORAL (LESIVIDAD) |
| Sentencia | No.49 |

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 182 A del CPACA

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- ✓ Declarar la nulidad de la resolución No. 016982 del 08 de junio de 1998, a través de la cual CAJANAL reliquidó la pensión gracia por retiro del servicio de la señora MARIA GRACIELA CASTRO GALLEGO, en cuantía de \$371.985,71, efectiva a partir del 05 de mayo de 1997.
- ✓ A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la señora MARIA GRACIELA CASTRO GARCÍA, reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que reliquidó la pensión gracia al retiro definitivo. Sumas debidamente indexadas.
- ✓ Que se declare que a la señora MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO no le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión gracias al retiro del servicio.

2.2. Supuestos fácticos:

- ✓ Que la señora MARIA GRACIELA CASTRO GALLEGO, nació el 29 de enero de 1931 y laboró al servicio del Ministerio de Educación Nacional, en los siguientes períodos:
 - Secretaria de Educación Departamento de Caldas: 01/02/1953 al 13/02/1959.

- Secretaria de Educación Departamento de Santander: 01/03/1964 al 30/01/1967 y 07/03/1969 al 17/05/1975.
 - Secretaria de Educación Departamento Quindío: 28/08/1978 al 30/12/1982.
 - Secretaria Educación Departamento de Caldas: 12/08/1983 al 04/05/1997, con vinculación de carácter nacionalizado.
-
- ✓ Que la demandada adquirió su status de pensionada el 15 de febrero de 1984, respecto a la pensión de gracia y de la jubilación ordinaria del Decreto 1848 de 1969, artículo 68.
 - ✓ Que el retiro del servicio de la demandante se dio mediante Decreto No. 00227 del 07 de abril de 1997, a partir del 5 de mayo de 1997, al haber cumplido la edad de retiro forzoso.
 - ✓ Que mediante resolución **05216 del 27 de marzo de 1998**, se negó el reconocimiento a la demandada de la pensión gracia, mediante resolución No **07204 del 07/07/1983** se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, posteriormente, a través de resolución **14892 del 2 de diciembre de 1983**, se confirmó en todas sus partes la Resolución No. 07204 del 07/07/1983, y por intermedio de la resolución **4309 del 09 de abril de 1984**, se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución No 072044 del 07/07/1983.
 - ✓ Que mediante resolución **03245 del 08 de marzo de 1985** se reconoció a la señora **MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO** la pensión de gracia en cuantía de \$20.252,8, efectiva a partir del 15/02/1984.
 - ✓ Y mediante resolución No 13441 del 13 de noviembre de 1985, se reconoció a la demandada la pensión de jubilación (vejez), en cuantía de \$20.091.78.
 - ✓ Que mediante Resolución **016982 del 08/06/1998** se reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo a favor de la señora **MARIA GRACIELA CASTRO GALLEGO**, en cuantía de \$371.985,71, efectiva a partir del 05 de mayo de 1997. Posteriormente mediante resolución **1592 del 28 de enero de 2008**, se negó la reliquidación de la pensión gracia de la demandada, y a través de resolución **01879 del 22 de enero de 2009** se resolvió un recurso de reposición en contra de la resolución 1592, confirmándola en todas sus partes.

2.3. Normas violadas y objeto de violación:

Constitución Política, artículo 162 numeral 4 del CPACA,
Artículo 1, 2, 4, 6, 121, 122,123 y 209 de la C. Política.
Artículo 1 de la Ley 114 de 1913
Ley 116 de 1928
Ley 37 de 1933
Ley 24 de 1947
Artículo 4 de la Ley1966
Decreto 1743 de 1966
Ley 224 de 1972
Ley 33 de 1985
Ley 91 de 1989
Ley 115 de 1994

Al respecto indicó que, de acuerdo a las normas enunciadas y la jurisprudencia citada la reliquidación de la pensión gracia por retiro definitivo del servicio, no es procedente, dado que la pensión de la docente viene siendo cancelada desde que la misma adquirió el derecho al cumplir los 50 años de edad, y acreditar 20 años de servicios en establecimientos oficiales del orden territorial.

3

De acuerdo a lo anterior, el acto administrativo de reliquidación de pensión gracia de la demandada fue expedido sin fundamento legal y en contravención a la normatividad vigente, diferente a lo establecido en la Ley 33 de 1985 que establece su liquidación con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

2.4. Contestación de la demanda:

2.4.1. MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO:

La Curadora ad litem que representa los intereses de la demandada, se opone a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda, toda vez que, el reconocimiento de la pensión gracia de retiro la demandada la obtuvo de buena fe y amparada en el derecho a la igualdad. En consecuencia, solicita se denieguen las pretensiones a fin de que la demandada pueda conservar su derecho al mínimo vital y móvil, entre otros.

Propuso las excepciones de:

- CARENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA ANULAR EL DERECHO
- MALA FE DE LA PARTE DEMANDANTE
- IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

2.5. Excepciones:

La parte demandante no se pronunció frente a las excepciones propuestas.

2.6. Alegatos:

Ninguna de las partes hizo uso de esta oportunidad procesal, tampoco el Ministerio Público.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Ha solicitado la parte demandante mediante este medio de control de lesividad, la nulidad de la resolución No. 016982 del 08 de junio 1998, mediante la cual CAJANAL reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo del servicio a favor de la docente MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO.

3.2. Problema Jurídico:

¿Tenía o no derecho la pensionada a que se reliquidara su pensión gracia con base en factores de salarios devengados de manera posterior al status de pensionada, esto es, para el momento del retiro del servicio?

¿En caso negativo

¿Si la entidad tiene derecho a que se le reintegre las sumas canceladas, con ocasión de las sumas pagadas por los reajustes pensionales mal concedidos?



3.3. Argumento central:

3.3.1. De las pruebas arrimadas a la actuación:

Está acreditado dentro del plenario:

- A través de la Resolución No. 07024 del 7 de julio de 1983 expedida por CAJANAL se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO /fls. 120 a 121 archivo 02/.
- Mediante resoluciones No. 04309 del 09 de abril de 1984, se resolvió recurso de reposición frente a la resolución 7024 del 7/07/1983 negando el mismo /fls 122 a 123/.
- Con la Resolución No. 13441 del 13 de noviembre de 1985, CAJANAL reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora MARIA GRACIELA CASTRO GALLEGO, efectiva a partir del 15 de febrero de 1984, en cuantía de \$20.091,78. /fls. 129 a 131/
- El 08 de marzo de 1985, se expide la Resolución No. 03245 del 8 de marzo de 1985, por medio de la cual se reconoce una pensión gracia, en cuantía de \$20.252,28, efectiva a partir del 20 de febrero de 1984 /fls. 132-133/
- Y mediante Resolución 016982 del 08 de junio de 1998, CAJANAL liquida la pensión gracia a favor de la demandada, elevando su cuantía a la suma de \$371.985,71 (fl. 139 fte vto)
- Que mediante resoluciones 01592 del 28/01/20008 y 01879 del 22/01/2009, se negó la reliquidación de la pensión gracia de la señora MARIA GRACIELA CASTRO GALLEGO, (fls. 135 a 137 y 148 a 149).

3.3.2. Premisas normativas y jurisprudenciales:

Para dilucidar la legalidad del monto de la Pensión Gracia reconocida, es propio traer el marco normativo que regula tal emolumento:

La Ley 114 del 4 de diciembre de 1913, de conformidad con sus artículos 1 y 2, consagró en favor de los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales, el derecho a devengar una pensión vitalicia de jubilación, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 4 de la normativa en cita, y en cuantía equivalente a la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio.

El beneficio pensional consagrado en la Ley 114 de 1913 fue extendido, por virtud de la Ley 116 de 1928, a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública. Posteriormente, se hizo extensiva de nuevo, mediante la Ley 37 de 1933, a

los maestros que hubieran completado los servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

5

La Ley 24 de 1947 modificó lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, al establecer que la liquidación se efectuaría de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año:

“Artículo 1º. El artículo 29 de la ley 6ª de 1945 quedará así:

Artículo 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público se acumularán para el cómputo de tiempo en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengado en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Parágrafo 1º (...)

***Parágrafo 2º. Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año”.** /Negrilla fuera de texto/.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1966, la cuantía de la pensión establecida en la Ley 114 de 1913, se consagró en los siguientes términos:

“(…) A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”. /Resalta el Despacho/.

La normativa en cita fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, cuyo artículo 5º dispuso que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios. En efecto, señaló:

*“(…) A partir del veintitrés (23) de abril de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de **salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración** de su retiro del servicio público”. /Resalta el Despacho/.*

Como lo ha sostenido la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la pensión gracia es un beneficio con cargo al Tesoro Público, que no se paga sobre aportes, tal como se desprende de la citada Ley 114, y de la norma que transfirió su reconocimiento, liquidación y pago a la Caja Nacional de Previsión, que fue el artículo 1º del Decreto 81 de 1976, que, a la letra, dice:

“(…) La Caja Nacional de Previsión Social asumirá las funciones que hoy cumple la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relativas a la liquidación y pago de las siguientes pensiones...

(...)

g) Del personal que adquirió o adquiera el derecho al servicio del magisterio de primaria...”.

Según lo establece la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º, las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales se deben liquidar con fundamento exclusivo en las normas que le dieron origen, en este caso la Ley 114 de 1913, así:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley ha determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones...”.
/Líneas fuera de texto/.

En atención a lo expuesto, estima el Despacho que los razonamientos de la parte accionante, deben examinarse a la luz de la norma aplicable de la señora María Graciela Castro Gallego, en el entendido que la pensión concedida es de carácter especial.

Imposibilidad de reliquidación de pensión con la inclusión de factores devengados de manera posterior al status:

En efecto, la entidad demandante, entre otras razones, fundamenta la imposibilidad de reliquidar la pensión, ya que la reconocida a la señora MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO, contradice los antecedentes legales y jurisprudenciales, como quiera que el cálculo válido de la Pensión Gracia es el que computa los factores de salario devengados en el año anterior a la adquisición del status, esto es al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, y no al momento de retiro.

El H. Consejo de Estado ha concluido que el derecho al disfrute de la Pensión Gracia se adquiere a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos señalados en las normas especiales, momento a partir del cual entra al haber de la persona, razón por la cual el derecho queda consolidado desde ese instante, lo que hace imposible tener en cuenta factores devengados posteriormente, cuando el derecho ya está consolidado.

El H. Consejo de Estado ha precisado sobre la forma de liquidar la Pensión Gracia docente¹:

“...Conforme a lo anterior, no le asiste razón a la entidad, al pretender que el reconocimiento pensional de la demandante se efectuó con base en los aportes del último año de servicios, de acuerdo a lo prescrito en la Ley 33 de 1985, pues claro está que la pensión gracia concedida a los docentes, en virtud de las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933, no es una pensión por aportes, sino una pensión que se reconoce en virtud de un régimen especial que no requiere afiliación del beneficiario a la respectiva Caja, ni hacer aportes para tal efecto.”

Colorario de lo expuesto, la liquidación de la pensión gracia de jubilación de la demandante, se debió realizar con base en el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada, y conforme fue ordenado por el a-quo, de tal suerte que la providencia recurrida se encuentra ajustada a derecho al ser las normas

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, tres (3) de marzo de dos mil once (2011), Rad. 25000-23-25-000-2005-00485-01(0170-08).

aplicables para tal efecto las que regulaban la pensión gracia, y por no encontrarse incurso en la disposición contenida en la Ley 33 de 1985...



Tesis que ha mantenido, lo cual se evidencia en el siguiente pronunciamiento²:

“ ...

Es pertinente resaltar que reconocimiento de la pensión graciosa se sujeta a la normatividad especial, lo cual impide aplicar las disposiciones del régimen ordinario de pensiones para empleados del sector oficial, tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, dado que se trata de una prestación especial que no se liquida con base en el valor de aportes durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, sino con base en el valor de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en adquirió su estatus.

Sobre el tema, la Sala considera pertinente transcribir apartes de la sentencia del 13 de octubre de 2005, dictada en el proceso No. 1286-2005, Magistrado Ponente: Dr. Jesús María Lemos, en la cual se dijo lo siguiente:

“No es viable la reliquidación pensional para la fecha de retiro, porque los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio se tienen en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria y de ninguna manera para la pensión gracia, dado que ésta, como su nombre lo indica, por ser especial y tener reglamentación propia, debe regirse por el tratamiento que le dio el legislador. No debe perderse de vista, que, como concesión especial, la ley permitió a los docentes gozar de la pensión gracia, que queda definitivamente consolidada a la fecha de su acusación, y, simultáneamente, continuar laborando y percibiendo el salario correspondiente. En cambio, la pensión ordinaria de jubilación sólo empieza a disfrutarse una vez se produce el retiro del servicio. Esta diferencia explica que sobre la pensión ordinaria si proceda la reliquidación a la fecha del retiro del trabajador incluyendo los factores percibidos en el año anterior”.

“ ...

“Siguiendo las anteriores directrices, es claro que en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la demandante, durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, para hacerse merecedora a este reconocimiento pensional especial. En otras palabras, la liquidación de la pensión gracia sólo es posible respecto de factores devengados al momento de la consolidación del status pensional.

“...”/Subraya del Despacho/.

3.4. Conclusión:

En conclusión, la pensión gracia deberá liquidarse con base en las normas que la rigen, esto es, sobre los factores devengados en el año precedente a la adquisición del status pensional y no con los devengados durante el último año de servicio anterior al retiro definitivo del servicio y menos con base en otras disposiciones aplicables al régimen general de las pensiones.

² Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, veinticuatro (2) de enero de dos mil trece (2013), Radicación número: 05001-23-31-000-2004-06407-01(2435-11).

Como consecuencia de lo expuesto a juicio de este Despacho Judicial, la Resolución No. 016982 del 08 de junio de 1998, está viciada de nulidad, por cuanto se infringen las normas en que debió fundarse, por tal motivo, le asiste razón a la entidad demandante, toda vez que es una verdad inobjetable que los docentes, frente a la Pensión Gracia, tienen un régimen especial y al reliquidársela por retiro definitivo del servicio, ha violado flagrantemente las normas que regulan esta prestación.



Siendo ello así, se accederá por modo a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de la Resolución No. 016982 del 08 de junio de 1998, proferida por la Subgerente de Prestaciones Sociales Económicas de CAJANAL en virtud a que la fundamentación jurídica del reconocimiento del reajuste de la pensión gracia se hizo con base en la fecha del retiro definitivo del servicio.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad deberá tener en cuenta como acto administrativo que incluya a la señora CASTRO GALLEGO en la nómina de pensionados, la contenida en la resolución 13441 del 13 de noviembre de 1985 pues se observa que la decisión allí contenida se atempera a los lineamientos jurisprudenciales y normativos sobre la liquidación de la pensión gracia, esto es, tener en cuenta los factores salariales devengados en el último año antes de la adquisición del status de pensionada.

3.5. Restitución de dineros recibidos:

Solicita la entidad demandante se disponga el reintegro de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que reliquidó su pensión gracia, la cual fuera controvertida en aplicación del principio de buena fe por la Curadura Ad-Litem de la señora MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO, en la contestación de la demanda.

A tal petición no se accederá, teniendo en cuenta que no se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandada hubiere actuado de mala fe al momento de solicitar la reliquidación de la prestación.

Para el efecto es pertinente citar el literal C del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que estipula:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

*c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. **Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.**”*

Se observa entonces, que frente a los particulares de buena fe a quienes se les hayan reconocido prestaciones de forma ilegal, no es procedente la orden de devolución de tales emolumentos, pues en el plenario no se observa ninguna prueba que lleve a esta Juez a la demostración de existencia de mala fe de la señora CASTRO GALLEGO, pues se trató de un acto emitido por la entidad demandante, para la reliquidación de la pensión de gracia, situación que no fue atribuible a alguna actuación dolosa de la misma.

Respecto de este punto el H. Consejo de Estado³ en sentencia del 29 de noviembre de 2009, señaló:

“El artículo 83 de la Constitución Política indica expresamente que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”. Del mismo modo, indica el artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, al precisar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Es así como el principio constitucional de la buena fe conlleva una presunción inescindible de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, y como tal no requiere declaración judicial, empero, en caso de su flagrante desconocimiento, sí es tarea del juez constitucional desplegar las actuaciones necesarias para su prevalencia. Con base en las circunstancias del caso concreto, la Sala vislumbra una actuación reprochable del Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia, en tanto dio cumplimiento a unos fallos y desembolsó sumas de dinero a favor del administrado, generando en este el convencimiento y la legitimidad para recibirlas, a pesar de que no se encontraban debidamente ejecutoriadas por no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, que únicamente se verificó más de seis años después de proferidos los fallos con base en los cuales se pagaron los dineros al actor. Por lo anterior, no encuentra la Sala razón válida para que se le exija al actor de tutela el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época. Ahora, a juicio de la Sala, si la Administración considera imperioso para proteger el patrimonio público de la Entidad y lograr el reintegro de lo indebidamente pagado, tiene a su alcance las acciones de tipo penal, laboral o contencioso administrativas, para demostrar la mala fe y el posible enriquecimiento sin causa del señor Angulo Ramos.” (Negrillas y subrayas del Despacho).

De allí se tiene entonces, que no es procedente ordenar la devolución de dinero alguno a la señora MARÍA GRACIELA CATRO GALLEGO, dado que actuó como un particular de buena fe.

Corolario de lo anterior, es próspera la excepción propuesta por la señora Castro Gallego, denominada “*MALA FE DE LA PARTE DEMANDANTE*” en la forma como fuera planteada en la respuesta a la demanda, esto es, en cuanto a la devolución de los dineros pagados.

3.6. Condena en costas:

No se condenará en costas a la parte vencida encontrando que la señora María Graciela Castro Gallego, si bien beneficiaria del acto demandado, ingresa al proceso como interviniente a lo que se agrega que el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento precisó que debido a la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido en la modalidad de Lesividad en los eventos en que la entidad pública reliquida una prestación y posteriormente ataca su propio acto considerando el yerro en que incurrió la entidad, no es posible que dentro del proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la contraparte sea condenada en costas.

Agregando que en los casos en que se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte ‘vencida’ en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión⁴.

³ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Noviembre 23 de 2009. Radicación: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

⁴ CE Sección Segunda, Sentencia 68001233300020140074702 (01762016), Feb. 8/18

En mérito de lo expuesto, el Juzgado CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

10

4. FALLA:

PRIMERO. - DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 016982 del 08 de junio de 1998, proferida por la entonces CAJANAL, mediante la cual reliquidó la Pensión Gracia de la señora MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO, con la inclusión de factores salariales devengados de manera posterior al status, esto es, para el momento del retiro del servicio docente.

SEGUNDO. - ORDENAR a la UGPP tener en cuenta como acto administrativo que incluya a la señora Uribe Villanueva en la nómina de pensionados, la contenida en la Resolución No. 13441 del 13 de noviembre de 1985, pues se observa que la decisión allí contenida se atempera a los lineamientos jurisprudenciales y normativos sobre la liquidación de la Pensión Gracia, esto es, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año antes de la adquisición del status de pensionada.

TERCERO. - DECLARAR que a la señora **MARÍA GRACIELA CASTRO GALLEGO**, no le asiste la obligación de devolver las sumas recibidas en exceso dado que actuó como un particular de buena fe.

CUARTO. - SIN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO. - En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.

SEXTO: Notifíquese esta providencia conforme lo dispone el art. 203 del CPACA.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ecfb29c1644881282f6f5a2fa0cda208af56da9029aaa6507562f29f0524d20d**

Documento generado en 31/03/2022 07:32:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicación 17001-33-33-004-2018-00439
Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY
Demandada: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA -
POLICÍA NACIONAL
Sentencia: 48

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del trámite de la referencia y de conformidad con lo previsto en el art. 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

1) Que se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas: Art. 28 del Decreto 673 de 2008; Art. 27 del Decreto 737 de 2009; art. 27 del Decreto 1530 de 2010; Art. 27 del Decreto 1050 de 2011; Art. 27 del Decreto 842 de 2012; Art. 27 del Decreto 1017 de 2013; Art. 27 del Decreto 187 de 2014; Art. 27 del Decreto 1028 de 2015; Art. 27 del Decreto 214 de 2016; Art. 27 del Decreto 984 de 2007; art. 28 del Decreto 324 de 2018.

2) Que se declare la nulidad de la Resolución No. S-2017-056314 /ANOPA-GRUNO-1.10 del 22 de diciembre de 2017 mediante la cual se negó la reliquidación del salario del señor JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY incluyendo el subsidio familiar en un 30% por su esposa y un 5% por su primer hijo.

3. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL – a reconocer y pagar al demandante la reliquidación del salario que devenga de la entidad, incluyendo la partida de SUBSIDIO FAMILIAR, así:

a). En un 30% del salario básico correspondiente a su compañera, YURI TATIANA HENAO OSORIO, junto con los intereses e indexación desde el 20 de junio de 2018, fecha de declaración de unión marital de hecho hasta el

12 de junio de 2018, fecha de cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho.

b). En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo, EMILIANO BERNAL HENAO, junto con los intereses e indexación desde el 7 de mayo de 2012, fecha de su nacimiento.

4. Que se condene a la entidad demandada, a pagar al accionante los dineros retroactivos por concepto de prestaciones, subsidios, aumentos anuales más la indexación que en derecho corresponda con la inclusión del subsidio familiar como factor salarial.

5. Que en el evento que el demandante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el “Subsidio familiar” en un 39% (sic) de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en la hoja de servicios.

6. Que la sentencia se cumpla conforme a los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

2.2. Fundamentos fácticos:

1. El demandante ingresó a la Policía Nacional en 2008 como alumno, al aprobar el curso ascendió al grado de Patrullero y a partir de allí, inició su vida laboral bajo el régimen denominado “Nivel Ejecutivo”.
2. Que estando en el cargo, el demandante hizo unión marital de hecho con la señora YURI TATIANA HENAO OSORIO, con quien procreó a los menores EMILIANO y GABRIEL.
3. Que, ante las diferencias salariales percibidas en la Policía, el accionante radicó solicitud ante la Dirección General de la Policía Nacional propendiendo la reliquidación de su salario mensual con la inclusión de la prima de subsidio familiar, en los mismos porcentajes que se les reconoce al resto de uniformados.
4. Que la petición del accionante se resolvió de manera desfavorable mediante la Resolución u Oficio No. S-2017-056314/ANOPA GRUNO-1-10 del 22 de diciembre de 2017, sustentado en normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Haciendo referencia al marco normativo que estableció el Subsidio Familiar en Colombia, teniendo como finalidad la protección de la familia; seguidamente hace referencia a los titulares del subsidio familiar para presentar argumentos relacionados con la inclusión del mismo en el régimen de carrera de la Policía Nacional.

Pasa seguidamente a plantear argumentos sobre la creación del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional y haciendo referencia a los decretos

mediante los cuales el Gobierno Nacional ha regulado el porcentaje de reconocimiento por concepto de subsidio familiar, concluye que en la actualidad, todos los miembros del Nivel Ejecutivo sin distinción del cargo, grado o función perciben la suma de 31.319.00

Agrega que por la forma como se aplica el reconocimiento del subsidio familiar, el derecho a la igualdad del demandante se ha vulnerado, así como el derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación del menor colombiano y se transgrede el principio de progresividad.

2.4. Contestación de la demanda

La entidad demandada afirma que el demandante se vinculó a la entidad como patrullero el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, por lo que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto por los arts. 16 y 17 de la citada normativa.

Dijo que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en materia prestacional impera el principio de inescindibilidad normativa, agregando que no se viola el derecho a la igualdad

2.5. Alegatos de conclusión:

La parte demandante al igual que el Ministerio Público, guardaron silencio.

La entidad accionada reiteró que el régimen aplicable al demandante es el regulado en el Decreto 1091 de 1995, el cual excluye el 30% de subsidio para cónyuge y demás porcentajes para los hijos, en tanto no se puede sobrepasar el 17%. Afirmó también que el subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo fue reducido, pero ello no implica que sea un aspecto desfavorable para estos, sino que se trata de dos normas distintas, sin que pueda tomarse lo más favorable de una norma y aplicar lo demás de la otra porque ello contraría el principio de inescindibilidad. Reiteró las afirmaciones contenidas en la respuesta de la demanda solicitando negar las pretensiones de la misma, condenando en costas a la parte accionante.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Suplica el accionante, se ordene la reliquidación del salario básico incluyendo el 39% del subsidio familiar así: en un 30% por concepto de su compañera permanente, en un 5% por concepto de su primer hijo y en un 4% por concepto de su segundo hijo, y sea incluido como factor prestacional en el evento de ser retirado de la institución el cual deberá constar en la hoja de servicios, en la misma forma que se le reconoce al restante de uniformados de la institución.

3.2. Problema Jurídico:

¿Tiene derecho el demandante al reajuste de su salario básico incluyendo el 39% por subsidio familiar de la misma forma que se le reconoce a otros uniformados de la institución?

¿Es procedente inaplicar por inconstitucionales el Art. 28 del Decreto 673 de 2008; Art. 27 del Decreto 737 de 2009; art. 27 del Decreto 1530 de 2010; Art. 27 del Decreto 1050 de 2011; Art. 27 del Decreto 842 de 2012; Art. 27 del Decreto 1017 de 2013; Art. 27 del Decreto 187 de 2014; Art. 27 del Decreto 1028 de 2015; Art. 27 del Decreto 214 de 2016; Art. 27 del Decreto 984 de 2007; art. 28 del Decreto 324 de 2018?

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Naturaleza jurídica del subsidio familiar en los miembros de la fuerza pública.

A través de la Ley 21 de 1982 “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar”, se define el subsidio familiar en su artículo 1.º como “una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”.

Los artículos 2.º y 4.º ibidem, reiteran lo contemplado en normas anteriores, esto es, en su orden, que el subsidio familiar **“no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso”** y “es inembargable”, salvo las excepciones allí indicadas.

En el sector de la Fuerza Pública, el artículo 13 de la misma normativa precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían.

El Decreto 1213 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional” prevé el subsidio familiar para los Agentes de la Policía Nacional, así:

“ARTICULO 46. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada

uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1°. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Agentes que, por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuvieren disfrutando, o tuvieran derecho a disfrutar de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

(...)” (negrillas del despacho)

Ahora bien, mediante el artículo 1.º de la Ley 180 de 13 de enero de 1995 se modificó el artículo 6.º de la Ley 62 de 1993, consagrándose, por primera vez de manera ajustada al ordenamiento jurídico, el nivel ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución.

Adicionalmente la norma en cita, en su artículo 7.º, le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objeto de regular aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, disponiendo en el parágrafo que *«(...) la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».*

En virtud de dichas facultades se expidió el Decreto 132 de 13 de enero de 1995, *«por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía nacional»*, que consagró:

(i) En el artículo 13, la posibilidad de que los agentes en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo.

(ii) En el artículo 15, la sujeción del personal que ingresara al referido nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional.

(iii) En el artículo 82, que el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

iv) En el artículo transitorio 1.º del Decreto 132 de 1995, se dispuso que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a dicha entidad en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado *«[...]a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales»*

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 1091 de 1995 *“Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995, expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional”*, estableciendo los siguientes factores: Remuneración mensual (artículo 3), primas de servicio (Artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel

Ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12).

La misma normativa dedicó un capítulo especial para el Subsidio Familiar, así:

“CAPÍTULO II.

Del Subsidio Familiar

Artículo 15. *Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

PARÁGRAFO. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. *Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.*

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.

b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.

c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.

d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.

e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*
- b) Por independencia económica;*
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) Por cumplir la edad límite.*

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última". (Subrayas y negrillas del Despacho).

De las normas transcritas, se concluye que, si bien el Decreto 1213 de 1990 incluía taxativamente los porcentajes a reconocer por concepto de

subsidio familiar a la esposa o compañera permanente y a los hijos, también lo es, que la preceptiva que regula el régimen del Nivel Ejecutivo, excluyó el subsidio familiar a la cónyuge o compañera permanente, dejando a los hijos como beneficiarios del mismo y a otros miembros del grupo familiar.

3.3.2. Premisas jurisprudenciales

El Honorable Consejo de Estado mediante providencia de fecha 12 de octubre de 2017¹, señaló que, si bien el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no reproduce con exactitud el previsto para el personal de agentes de esa institución, este hecho no supone per se una “discriminación o desmejora” en materia laboral para los miembros del referido Nivel Ejecutivo. Por el contrario, un análisis en conjunto de ambos regímenes permite advertir que las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo en el Decreto 1091 de 1995 superan en monto a las contempladas para el personal de agentes de la Policía Nacional.

Sobre el particular puede consultarse también la sentencia del 2 de febrero de 2017, Sección Segunda, Subsección B, M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-02266-01 (3929-14).

La Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, en providencia del 15 de marzo de 2018, radicado 25000234200020130672501 (4666-2016), demandante EDIL SOCHA APONTE, demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, descartó *“la aplicación del régimen anterior a 1º de junio de 1998 por improcedente frente a los servidores del Nivel Ejecutivo, y probada como está la mejora de las condiciones laborales para el actor como consecuencia del cambio de régimen, con las consideraciones consignadas quedan resueltos los motivos planteados como excepción, esto es, estar el acto administrativo ajustado a la Constitución Política y a la ley, inexistencia de la desmejora alegada, inexistencia de los derechos reclamados, ausencia de fundamento legal para pedir y cobro de lo no debido”*

Visto lo anteriormente expuesto, no se les puede aplicar a los Agentes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional los porcentajes establecidos en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 para el subsidio familiar, toda vez que, el régimen salarial y prestacional al que aquellos deben ceñirse, es el contenido en el Decreto 1091 de 27 de junio de 1995 que es específicamente aplicable al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

3.3.3. Sobre la excepción de inconstitucionalidad

Sobre el tema de excepción por inconstitucionalidad y por ser extensiva al caso que aquí nos convoca, el Consejo de Estado² al resolver una tutela en

¹ Sentencia del 12 de octubre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 25000-23-42-000-2014-04128-01 (2165-16).

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04551-00(AC). Actor: HERNANDO DÍAZ REY. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

la cual la parte actora estimó que la providencia de 24 de septiembre de 2020 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba viciada de defecto sustantivo por indebida aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los parágrafos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, **que regulan las partidas computables para la asignación de retiro** de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y de desconocimiento de precedente de diversas sentencias de la Corte Constitucional sobre el subsidio familiar, en el juicio integrado de legalidad, concluyo lo siguiente, que en su parte pertinente *in extenso* se transcribe:

“5.1.2. La excepción de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional ha establecido que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad otorgada a los jueces o inclusive un deber que tienen los administradores de justicia de inaplicar una norma jurídica en aquellos eventos en que se evidencie una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

En consecuencia, “esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto interpartes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.³

Las normas cuya inaplicación solicitó vía excepción de inconstitucionalidad son las siguientes:

I) Parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995⁴:

(...)

II) Parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995:

(...)

III) Parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004⁵:

(...)

IV) Parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012⁶:

(...)

³ Corte Constitucional, Sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

⁴ “Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.”.

⁵ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”.

⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Vale destacar, que en el fallo enjuiciado se hizo un estudio pormenorizado de las normas que regulan los requisitos para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, en el que se mencionó que el nivel ejecutivo de la entidad fue creado en 1995 y por medio de Decreto 1091 del hogaño se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones sociales.

(...)

Finalmente, tras analizar la sentencia de unificación de 25 de noviembre de 2019 de la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, en la que se indicó que los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde su creación cuentan con régimen salarial y prestacional propio, concluyó que:

“De la jurisprudencia transcrita, se observa que se pretendió hacer un estudio de fondo, donde se estableciera si evidentemente se vulneraba el principio de igualdad, al reconocerse algunos factores salariales teniendo en cuenta los diferentes grados y cargos que se manejan en la institución, situación que se determinó que no se da, toda vez que se determina que el nivel ejecutivo no desmejoró las condiciones salariales ni prestacionales.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor Díaz Reyes en calidad de intendente jefe de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, no le asiste derecho a solicitar que se reliquide su asignación de retiro, toda vez que, al formar parte de esa clasificación, la norma es clara al indicar que se debe dar aplicación al Decreto 1858 del 6 de diciembre de 2012, donde no se contempla la partida de subsidio familiar en la prestación.”.

Así las cosas, luego de analizar el caso del señor Díaz Rey quien afirmó que las normas que regulan las partidas computables de las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional le resultaban inconstitucionales con el único argumento que de su aplicación se desprendía una desigualdad respecto a los demás miembros de la institución; acertadamente el Tribunal accionado finiquitó su decisión aclarándole que al haber sido parte del nivel ejecutivo de la entidad y tener un régimen especial, las normas de este eran las que regían para el reconocimiento de su prestación social.

Vale precisar que el señor Díaz Rey no mencionó ninguna otra particularidad que rodeara su caso y por la cual fuera procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad. De otro lado, si lo que pretende es imputar de contrarias a la Carta Política a las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se le indica que la vía adecuada sería la acción pública de inconstitucionalidad, cuyo eje fundamental está encaminado a proteger la supremacía constitucional.

Por lo expuesto, se descarta la configuración del defecto sustantivo endilgado a la providencia de 24 de septiembre de 2020”.

Tal como lo indica la jurisprudencia, no puede decirse que en este asunto se configure una violación del derecho a la igualdad, pues los beneficiarios de cada régimen (Oficiales, Suboficiales, Agentes y miembros de nivel ejecutivo) a pesar de pertenecer a la misma institución, en relación con las partidas computables en la asignación básica, se encuentran en situaciones de hecho diferentes teniendo en cuenta las diversas categorías de jerarquía, la naturaleza de sus funciones y además que cada personal realiza cotizaciones sobre diferentes partidas.

3.4. Del caso concreto:

Conforme al material probatorio obrante en el expediente, se logró establecer que:

- El demandante se vinculó a la Policía Nacional el 14 de enero de 2008 como alumno del nivel ejecutivo ingresando el 11 de diciembre de 2008 en el grado de Patrullero, de acuerdo con la información que reposa en la Hoja de servicios allegada con la demanda fl. 31 y ss, archivo 01 del exped. digitalizado.
- Para la fecha de interposición de la presente demanda, el accionante había laborado en la institución aproximadamente 10 años, sin evidenciarse constancia de retiro.
- El 6 de diciembre de 2017, el accionante solicitó reliquidación y pago retroactivo del salario mensual percibido de la Policía Nacional, incluyendo un 39% de su salario básico por concepto de subsidio familiar, desde la fecha en que se declaró la unión marital de hecho y el nacimiento de su hijo y que al momento de su retiro de la institución se incluya como factor de liquidación, lo cual deberá constar en la hoja de servicios.
- La anterior petición fue resuelta de manera negativa por la Policía Nacional, mediante oficio 056314/ANOPA-GRUNO-1.10 del 22 de diciembre de 2017, aduciendo que la prestación fue liquidada conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995 por el cual se rige el Patrullero según se verificó en el Sistema de Información para la Administración del Talento Humano, normas que no incluyen a la compañera permanente o esposa del uniformado.
- Se acreditó igualmente el estado civil de unión marital de hecho del accionante, con la señora YURI TATIANA HENAO OSORIO, el 26 de noviembre de 2015, según la Escritura Pública No. 10.011 ante la Notaría Segunda del Círculo de Manizales.
- De dicha unión, nacieron los menores GABRIEL BERNAL HENAO, el 28 de mayo de 2016 y EMILIANO BERNAL HENAO el 7 de mayo de 2012, de acuerdo a los registros civiles de nacimiento allegados a la actuación.
- Los conceptos devengados por el accionante a septiembre de 2018 fueron los siguientes:

| | |
|--|----------------|
| Asignación básica | \$1.903.486,00 |
| Bonificación Seguro de Vida | |
| Prima Nivel ejecutivo | |
| Prima retorno a la experiencia | |
| Subsidio de Alimentación | |
| Subsidio Familiar nivel ejecutivo por valor de | \$62.638.00 |

- Se allegó igualmente, certificación técnica No. 293 del 6 de marzo de 2018, suscrita por la Veeduría Ciudadana Delegada para la Policía Nacional, con reclamación del Subsidio Familiar en la que se recomienda a la administración de justicia considerar que al demandante se le están violando los derechos a la igualdad y los derechos especiales a la infancia y la familia al no obtener ingresos por este concepto en igualdad de condiciones a las de los oficiales de la entidad.

Se colige de lo anterior que, cuando el demandante se incorporó a la Institución, lo cobijó el Decreto 1091 de 1995 que, en punto particular al Subsidio familiar, se regula en el artículo 15 y solicita la aplicación del artículo 46 del Decreto de 1990 para el incremento del subsidio familiar en su salario y posterior asignación de retiro. Para una mayor ilustración, el Despacho traerá un paralelo de las normas en comento:

| CONCEPTO Y NORMA NIVEL AGENTE DECRETO 1213 DE 1990 | Definición legal | CONCEPTO Y NORMA NIVEL AGENTE DECRETO 1091 DE 1995 | Definición legal |
|---|---|---|--|
| SUBSIDIO FAMILIAR Art. 46 | A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por más los porcentajes a que se ciento (30%), tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un | Subsidio Familiar Art 15 y ss. | El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. (hijos, hermanos y padres) |

| | | | |
|--|---|--|--|
| | cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%) | | |
|--|---|--|--|

Si bien la norma que precede es más amplia al incluir a la cónyuge o compañera permanente del uniformado, el Despacho comparte la posición fijada por la jurisprudencia de las altas Cortes en la medida en que no es posible aplicar una norma en forma parcial en virtud de los principios de inescindibilidad y favorabilidad de los sistemas.

Así lo dijo el Consejo de Estado en caso de similar naturaleza:

“En el sub judice no es posible hacer una interpretación factor por factor como lo pretende el actor, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al Legislador creando un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales y suboficiales por los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y para el personal del nivel ejecutivo por el Decreto 1091 de 1995, pues lo proscriben los principios de la inescindibilidad y la favorabilidad de los sistemas, no estando permitido que se tomen partes de los dos para reconocer unos derechos salariales y prestacionales resultantes de la fusión así obtenida.

En virtud de la observancia de tales principios, el régimen del personal del nivel ejecutivo al que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa del Decreto 1091 de 1995 existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales, como esta Corporación ya lo ha manifestado en relación con los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros⁷.

Lo anterior significa para el presente caso que la administración demandada no desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional pues, mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 fue asumido conforme los principios de la favorabilidad e inescindibilidad mencionados, con mejora de las condiciones laborales del actor, en tanto que quienes como él se acogieron al

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2008, expediente 3021-04.

nivel ejecutivo vieron aumentados sus ingresos conforme lo concibe el principio de progresividad, no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino mejorándolas...”

Al respecto advierte el Despacho, tal como lo se indicó en las normas que regulan la material desde la creación del Nivel Ejecutivo y lo señalado por el H. Consejo de Estado en la jurisprudencia citada, que si bien en el nivel ejecutivo no se incluyó a la cónyuge como beneficiaria del subsidio familiar en el salario básico, también lo es que incluyó otros miembros de la familia del miembro activo del nivel ejecutivo como los hijos, los padres mayores de 60 años, hijastros, hermanos huérfanos, entre otros.

De todo lo analizado, resulta claro para el Despacho, que el actor no fue discriminado ni se le desmejoraron sus condiciones prestacionales, al dejar de incluir el subsidio familiar a la cónyuge en su salario básico, ya que analizado en conjunto el régimen del nivel ejecutivo resulta más favorable, y tal como se advirtió en la jurisprudencia, la inaplicación por inconstitucionalidad de una norma se usa con el fin de proteger, en un caso concreto los derechos fundamentales que se vean vulnerados, y en este caso no encuentra el Despacho que las normas que regulan la asignación de retiro del Nivel Ejecutivo contraríen preceptos constitucionales.

En conclusión, el Despacho negará las pretensiones invocadas por el demandante, por considerar, que no le asiste derecho a que se le inapliquen las normas que invoca, para que de esta forma se le reconozca el subsidio familiar a su compañera permanente y sus hijos en los porcentajes del 30%, 5% y 4%, respectivamente, bajo normas aplicables para el régimen de Agentes (Decreto 1213 de 1990), como quiera que desde su ingreso a la Institución hizo parte del Nivel Ejecutivo, régimen que se le debe aplicar en toda su integridad y que reconoce la partida del subsidio familiar para los hijos, entre otros. Y como se percibe en el desprendible de pago de marzo de 2018, el demandante recibió por este concepto la suma de \$62.638 para su dos hijos, que corresponde al valor del subsidio familiar fijado en el artículo 28⁸ del Decreto 324 de 2018⁹.

3.5. Costas:

⁸ **ARTÍCULO 28. Subsidio familiar mensual.** *El valor del subsidio familiar mensual en dinero de que tratan los artículos 15 y subsiguientes del Decreto 1091 de 1995, para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, será de treinta y un mil trescientos diecinueve pesos (\$31.319) m/cte. por persona a cargo.*

⁹ **Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.**

El Despacho condenará en costas a la parte demandante, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, al concluir que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto¹⁰ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en tanto está acreditado que la entidad concurrió a este proceso a través de apoderado judicial, habrá de condenarse a su pago en contra de la parte demandante y a favor de la parte demandada, incluyendo en la liquidación el valor de \$1.293.193, equivalente al 7% de la cuantía de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, en audiencia de Oralidad el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4.FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró el señor **JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY** frente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, de acuerdo a los planteamientos hechos en la parte considerativa.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas con antelación que serán liquidadas por la Secretaria del Despacho, reconociéndose como agencias en derecho en favor del demandado, la suma de 1.293.193.

TERCERO: DISPONER que, por Secretaría, se realice la liquidación de los gastos del proceso, ordenando la devolución de los remanentes que eventualmente quedaren.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI” una vez en firme la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **742fa9641b691b879495f0e8f48651d2f241e2229e8486d1adb93a397be45490**

Documento generado en 31/03/2022 06:15:10 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICACION: 17001-33-33-004-2019-00357
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: JHON FREDY ARROYAVE OSPINA
DEMANDADO: CASUR
SENTENCIA: No. 46

1. ASUNTO:

Procede el Despacho a proferir sentencia **anticipada** de primera instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Pretensiones:

- Que se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas: a. El parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995. b. El parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995. c. El parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004. d. El parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.
- Se declare la nulidad del oficio No. E-00003-201825871-CASUR Id: 381671 del 4 de diciembre del año 2018, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del demandante.
- A título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL a reconocer y a pagar al demandante poderdante la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social: **EL SUBSIDIO FAMILIAR** en un 30% del salario básico porcentaje que corresponde a su esposa la señora MONICA ISABEL GONZÁLEZ GIRALDO, y a su vez, un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primera hija MANUELA ARROYAVE GONZÁLEZ, junto con sus intereses e indexación desde el 05 de febrero de 2018, fecha en la cual se retiró de la institución policial.
- Que la CAJA DE SUELDOS DE RTIRO DE LA POLICÍA NACIONAL deberá pagar al demandante los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

- Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

2.2. Fundamentos fácticos:

- Que el señor JOHN FREDDY ARROYAVE OSPINA, luego de superar el respectivo curso de formación, ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año de 1997 en la categoría de “Nivel Ejecutivo”.
- Que el nivel ejecutivo inició con el decreto 1091 de 1995, norma que en su momento edificó la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría. La disposición en los artículos 15 y 49 dispuso que el subsidio familiar percibido por los uniformados, no constituye factor para liquidar prestaciones sociales.
- Que mediante derecho de petición se solicitó ante CASUR se le reconociera como partida computable dentro de la asignación retiro, el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.
- CASUR a través del acto administrativo demandado negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando la decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004 y su parágrafo, toda vez, que anunciando que dichos instrumentos normativos no mencionan el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.
- Actualmente el demandante devenga asignación de retiro por parte de CASUR en un porcentaje del 79% de lo que corresponde a un intendente de la Policía Nacional, y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar como factor de liquidación, esto de acuerdo a la resolución emitida por la entidad accionada No. 2133 del 20 de abril del año 2018.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Considera trasgredidas normas legales y constitucionales relacionadas con la creación del subsidio familiar en Colombia.

En el concepto de violación, realizó un recuento sobre las normas que implementaron el subsidio familiar, resaltando que su reconocimiento tuvo como pretensión principal la protección de la familia.

Adicionalmente se refiere a los titulares directos e indirectos del reconocimiento del subsidio familiar, su inclusión en el régimen de carrera de la Policía Nacional hasta el año 1993.

Haciendo referencia a la creación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y el reconocimiento del subsidio familiar, aduce que el derecho a la igualdad de la parte demandante se ha quebrantado por la flagrante discriminación en su aplicación. Aduce haberse transgredido el principio de progresividad y la vulneración de normas de carácter internacional

2.4. Contestación de la demanda - CASUR:

La entidad contesta la demanda solicitando se nieguen las pretensiones relacionadas con la inclusión de la partida computable SUBSIDIO FAMILIAR, teniendo en cuenta que el incremento anual liquidado al actor, se realiza en acatamiento al artículo 3º numeral 3.13 de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, reglamentada en el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y a lo que disponga el Gobierno Nacional sobre la materia, conforme lo descrito en el literal e, numeral 19, artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

Agrega que adicionalmente el actor recibe asignación de retiro desde el 27 de abril de 2016 mediante Resolución 2808 (sic) y las asignaciones de retiro conforme a lo que establece el Decreto 1091 de 1995 y con entrada en vigencia del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el numeral 23.2 del artículo 23, establecen las partidas básicas sobre las cuales se liquidan las asignaciones mensuales de retiro de Nivel Ejecutivo, las cuales fueron reajustadas de conformidad al sistema de oscilación a partir de esta fecha.

Se opone a la condena en costas por no presentarse una conducta dilatoria o de mala fe por parte de CASUR, por lo tanto, solicita no se condene a la entidad ni en costas ni en agencias en derecho. Frente al tema de costas relacionada el precedente 2012-00446 del 16 de abril de 2015 del Consejo de Estado.

Propuso como excepciones de fondo las de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN, FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES.

2.5. Traslado de excepciones:

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte demandante quien permaneció silente.

2.6. Alegatos de conclusión:

Solo se pronuncia la parte demandante aduciendo que el reconocimiento del subsidio familiar no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia.

Trae como referencia pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, adicionando argumentos relacionados con la vulneración del derecho a la igualdad y la transgresión del derecho internacional sobre la protección a la familia.

3. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico.

¿El demandante tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar en su asignación de retiro, pese a que ingresó de manera directa a la Policía Nacional en el Nivel Ejecutivo, cuya norma aplicable para la liquidación de la asignación de retiro es el Decreto 1091 de 1995?

¿Es procedente inaplicar por inconstitucionales los párrafos de los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012 por ser violatorio del principio de igualdad, al excluir la partida SUBSIDIO FAMILIAR en la asignación de retiro del Intendente ® demandante?

2.2. Argumento Central:

Naturaleza jurídica del subsidio familiar en la asignación de retiro en miembros de la fuerza pública.

A través de la Ley 21 de 1982 “*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar*”, se define el subsidio familiar en su artículo 1.º como “*una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad*”.

Los artículos 2.º y 4.º *ibídem*, reiteran lo contemplado en normas anteriores, esto es, en su orden, que el subsidio familiar “**no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso**” y “*es inembargable*”, salvo las excepciones allí indicadas.

En el sector de la Fuerza Pública, el artículo 13 de la misma normativa precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían.

El Decreto 1212 de 1990, “*por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional*” consagra en su artículo 82 el subsidio familiar para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“Subsidio familiar: A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1o. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2o. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.”

El Decreto 1213 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional" prevé el subsidio familiar para los Agentes de la Policía Nacional, así:

"ARTICULO 46. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1º. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Agentes que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuvieren disfrutando, o tuvieran derecho a disfrutar de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

(...)"

Ahora bien, mediante el artículo 1.º de la Ley 180 de 13 de enero de 1995 se modificó el artículo 6.º de la Ley 62 de 1993, consagrándose, por primera vez de manera ajustada al ordenamiento jurídico, el nivel ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución.

Adicionalmente la norma en cita, en su artículo 7.º, le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objeto de regular aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, disponiendo en el parágrafo que *«(...) la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».*

En virtud de dichas facultades se expidió el Decreto 132 de 13 de enero de 1995, *«por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía nacional»*, que consagró:

(i) En el artículo 13, la posibilidad de que los agentes en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo.

(ii) En el artículo 15, la sujeción del personal que ingresara al referido nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional.

(iii) En el artículo 82, que el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

iv) En el artículo transitorio 1.º del Decreto 132 de 1995, se dispuso que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a dicha entidad en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado *«[...]a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales»*

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 1091 de 1995 "Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995, expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional", estableciendo los siguientes factores: Remuneración mensual (artículo 3), primas de servicio (Artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel Ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12) y familiar (artículo 15).

En lo que respecta al subsidio familiar, la citada norma previó:

"ARTÍCULO 15. DEFINICIÓN. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. (Negrillas y subrayas del despacho)

Sobre las prestaciones reconocidas en la asignación de retiro al personal del Nivel Ejecutivo, el artículo 49 ibídem, estableció:

"Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a) Sueldo básico;
- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Negrillas y subrayas del despacho)

En relación con el personal retirado de la Policía Nacional, el artículo 23 del 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", prevé que, para efectos de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de los

miembros del nivel ejecutivo, oficiales, suboficial y agentes, prevé como partidas computables las siguientes:

“23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

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

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

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 la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”

(subrayas y negrillas del despacho)

Finalmente el Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012 reguló el “Régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional” para el personal que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005. El artículo 3 del citado decreto fijó las partidas computables a la asignación de retiro para el personal que ingresó de manera directa al Nivel Ejecutivo a la Policía; es decir, después del año de 1995 y antes del 31 de diciembre de 2004:

“Artículo 3º. Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales. (subrayas y negrillas del despacho).

De las normas transcritas, se observa que el subsidio familiar no constituye salario, ni factor, para liquidar la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía que sea retirado del servicio activo.

Premisas jurisprudenciales

El Honorable Consejo de Estado mediante providencia de fecha 12 de octubre de 2017¹, al analizar si el régimen laboral y prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional señaló que, si bien el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no reproduce con exactitud el previsto para el personal de Agentes de esa institución, este hecho no supone per se una “discriminación o desmejora” en materia laboral para los miembros del referido nivel. Por el contrario, un análisis en conjunto de ambos regímenes permite advertir que las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo en el Decreto 1091 de 1995 superan en monto a las contempladas para el personal de agentes de la Policía Nacional.

Sobre el particular puede consultarse también la sentencia del 2 de febrero de 2017, Sección Segunda, Subsección B, M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-02266-01 (3929-14).

En la sentencia del 15 de marzo de 2018, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 63001-23-33-000-2013-00121-01 (0387-15), el Consejo de Estado ha sostenido que, si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación:

¹ Sentencia del 12 de octubre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 25000-23-42-000-2014-04128-01 (2165-16).

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.»

La Subsección A del Consejo de Estado, el 6 de mayo de 2021, radicado 63001-23-33-000-2017-00320-01 (243218) después de realizar una comparación de las asignaciones de retiro de los agentes y suboficiales en el año 2005 respecto al personal homologado del nivel ejecutivo, concluyó que **“4- En cuanto al subsidio familiar el régimen del nivel ejecutivo modificó la cobertura, incluyó en su reconocimiento a los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros, hermanos y padres, excluyó a las cónyuges y compañeras permanentes, no obstante, no puede hablarse de una desmejora, en la medida que continuó reconociéndose y cancelándose en porcentajes similares”**.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad

Sobre el tema que aquí nos convoca, el Consejo de Estado² al resolver una tutela en la cual la parte actora estimó que la providencia de 24 de septiembre de 2020 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba viciada de defecto sustantivo por indebida aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los parágrafos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, que regulan las partidas computables para la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y de desconocimiento de precedente de diversas sentencias de la Corte Constitucional sobre el subsidio familiar, en el juicio integrado de legalidad, concluyo lo siguiente, que en su parte pertinente *in extenso* se transcribe:

²SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04551-00(AC). Actor: HERNANDO DÍAZ REY. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

“5.1.2. La excepción de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional ha establecido que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad otorgada a los jueces o inclusive un deber que tienen los administradores de justicia de inaplicar una norma jurídica en aquellos eventos en que se evidencie una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

En consecuencia, “esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto interpartes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.³

Las normas cuya inaplicación solicitó vía excepción de inconstitucionalidad son las siguientes:

I) Parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995⁴:

“El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.”

II) Parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995:

“Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”

III) Parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004⁵:

“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 la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”

IV) Parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012⁶:

“Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto,

³ Corte Constitucional, Sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

⁴ “Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.”

⁵ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”.

Como se mencionó en los antecedentes del presente proveído, el señor Hernando Díaz Rey se desempeñó al servicio de la Policía Nacional desde 1985, momento para el cual ingresó como Agente. Posteriormente, en 1994 fue homologado al nivel ejecutivo y culminó como intendente jefe de ese nivel su vida laboral en la entidad el 6 de enero de 2010.

Por lo anterior, mediante Resolución N° 005573 del 25 de noviembre de 2009 CASUR le reconoció su asignación de retiro conforme a lo dispuesto “...en los decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y demás normas concordantes...”, teniendo en cuenta, de forma particular, que en el primero de estos se estableció “...el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.”. Durante su vigencia desempeñó sus funciones en la Policía Nacional el señor Hernando Díaz Rey desde 1994 hasta la fecha efectiva de su retiro en 2010.

Vale destacar, que en el fallo enjuiciado se hizo un estudio pormenorizado de las normas que regulan los requisitos para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, en el que se mencionó que el nivel ejecutivo de la entidad fue creado en 1995 y por medio de Decreto 1091 del hogaño se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones sociales.

Posteriormente, en la misma providencia se precisó que las partidas computables contempladas en las asignaciones de retiro de los miembros pertenecientes al nivel ejecutivo de la Policía Nacional de quienes ingresaron antes del 1° de enero de 2005 se fijaron en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, de la siguiente forma:

“Artículo 3°. *Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:*

- 1. Sueldo básico.*
- 2. Prima de retorno a la experiencia.*
- 3. Subsidio de alimentación.*
- 4. Duodécima parte de la prima de servicio.*
- 5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.*
- 6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

Parágrafo. *Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”.*

Finalmente, tras analizar la sentencia de unificación de 25 de noviembre de 2019 de la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, en la que se indicó que los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde su creación cuentan con régimen salarial y prestacional propio, concluyó que:

“De la jurisprudencia transcrita, se observa que se pretendió hacer un estudio de fondo, donde se estableciera si evidentemente se vulneraba el principio de igualdad, al reconocerse algunos factores salariales teniendo en cuenta los diferentes grados y cargos que se manejan en

la institución, situación que se determinó que no se da, toda vez que se determina que el nivel ejecutivo no desmejoró las condiciones salariales ni prestacionales.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor Díaz Reyes en calidad de intendente jefe de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, no le asiste derecho a solicitar que se reliquide su asignación de retiro, toda vez que, al formar parte de esa clasificación, la norma es clara al indicar que se debe dar aplicación al Decreto 1858 del 6 de diciembre de 2012, donde no se contempla la partida de subsidio familiar en la prestación.”.

Así las cosas, luego de analizar el caso del señor Díaz Rey quien afirmó que las normas que regulan las partidas computables de las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional le resultaban inconstitucionales con el único argumento que de su aplicación se desprendería una desigualdad respecto a los demás miembros de la institución; acertadamente el Tribunal accionado finiquitó su decisión aclarándole que al haber sido parte del nivel ejecutivo de la entidad y tener un régimen especial, las normas de este eran las que regían para el reconocimiento de su prestación social.

Vale precisar que el señor Díaz Rey no mencionó ninguna otra particularidad que rodeara su caso y por la cual fuera procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad. De otro lado, si lo que pretende es imputar de contrarias a la Carta Política a las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se le indica que la vía adecuada sería la acción pública de inconstitucionalidad, cuyo eje fundamental está encaminado a proteger la supremacía constitucional.

Por lo expuesto, se descarta la configuración del defecto sustantivo endilgado a la providencia de 24 de septiembre de 2020”.

Bajo esta tesitura, encuentra el juzgado que a nivel de la Institución de la Policía Nacional existen diferentes categorías que están divididas en oficiales, suboficiales, agentes y personal de nivel ejecutivo, y estas a su vez tienen un régimen diferente, pues para las tres primeras categorías encontramos el Decreto 1212 y 1213 de 1990, sin embargo, para el personal de nivel ejecutivo, el Gobierno Nacional desarrolló el Decreto 1091 de 1995 y en el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012 fijó las partidas computables en las asignaciones de retiro de los miembros pertenecientes al nivel ejecutivo en la cual no se enlistó el subsidio familiar, sin que ello evidencie una desigualdad o contradicción entre las disposiciones aplicables al caso concreto y las normas constitucionales, por encontrar que el régimen del nivel ejecutivo es más beneficioso que el régimen de agentes, oficiales y suboficiales.

2.3. Pruebas:

Descendiendo al caso sub examine, el Despacho observa en el plenario lo siguiente:

- El señor John Fredy Arroyave Ospina, ingresó a la Policía Nacional como “ALUMNO NIVEL EJECUTIVO” con fecha de inicio el 5 de agosto de 1996 y fecha de terminación el 20 de junio de 1997; posteriormente ingresó en el “NIVEL EJECUTIVO” el 3 de julio de 1997, terminó el 5 de febrero de 2018; finalmente fue dado de “ALTA TRES MESES”, DESDE EL 5 DE FEBRERO DE 2018 AL 5 DE

MAYO DE 2018, según se desprende de la hoja de servicios vista en el folio 35 del expediente físico digitalizado o en el folio 75 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

- Según se desprende de la misma Hoja de servicios, el demandante percibía en actividad, entre otras, subsidio familiar del nivel ejecutivo la suma de \$29.802 y que su cónyuge corresponde al nombre de MÓNICA ISABEL GONZÁLEZ GIRALDO.

- Al demandante le fue reconocido la asignación de retiro en un porcentaje del 79% mediante resolución No. 2133 del 20 de abril de 2018, según consta en el folio 37 del expediente físico digitalizado o en el folio 79 y 80 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

- Las partidas computables en la asignación de retiro fueron: SUELDO BÁSICO, PRIM. RETORNO EXPERIENCIA. PRIM. NAVIDAD, PRIM. SERVICIOS, PRIM. VACACIONES, SUBSIDIO ALIMENTACION y PRIMA NIVEL EJECUTIVO (ADICIONAL)

- Contrajo matrimonio católico con la señora MÓNICA ISABEL GONZÁLEZ GIRALDI, según consta en el Registro civil de matrimonio No. 3229692 expedido por la Notaría Quinta de Manizales, registrado el 29 de noviembre de 1999, según consta en el folio 81 del expediente físico digitalizado o en el folio 81 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

- Procrearon una hija de nombre MANUELA ARROYAVE GONZALEZ, nacida el 17 de mayo de 2000, según se desprende el registro civil de nacimiento expedido por la Notaría 10 de Medellín, Antioquia el 10 de abril de 2017, según consta en los folios 39 del expediente físico digitalizado o en los folios 83 y 84 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

- Presentó reclamación administrativa a través del derecho de petición radicado por el actor el día 11/09/2018 solicitando la inclusión de la partida Subsidio Familiar en la asignación de retiro, según consta en el folio 29 a 31 del expediente físico digitalizado o en los folios 63 a 67 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

- CASUR a través del oficio radicado E-00003-201825871 – CASUR Id:381671 del 4 de diciembre de 2018 dio respuesta a la solicitud negando la partida solicitada en la asignación de retiro, según se desprende del folio 34 del expediente físico digitalizado o en los folios 73 a 74 del archivo pdf 01C1FIs1A94.

2.4. Caso concreto y conclusión:

Pretende el demandante que se le reconozca y pague como partida computable a su asignación de retiro EL SUBSIDIO FAMILIAR, en un 30% del salario básico porcentaje que corresponde a su esposa la señora MONICA ISABEL GONZÁLEZ GIRALDO, y a su vez, un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primera hija MANUELA ARROYAVE GONZÁLEZ, con el argumento que se inaplique el parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012.

La entidad demandada como argumento de defensa sostuvo que para el reconocimiento de la prestación se ciñó a la literalidad de la norma Decreto 1091 de 1995 y el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el numeral 23.2 del artículo

23 que establece las partidas con las cuales se liquidan las asignaciones de retiro del nivel ejecutivo reajustadas de conformidad con el sistema de oscilación.

Al respecto advierte el Despacho, tal como lo se indicó en las normas que regulan la material desde la creación del Nivel Ejecutivo y lo señalado por el H. Consejo de Estado en los pronunciamientos jurisprudenciales citados, que si bien en el Nivel Ejecutivo no se incluyó la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro, también lo es que incluyó otros factores como el sueldo básico, la prima de retorno a la experiencia, el subsidio de alimentación, la duodécima parte de la prima de servicios; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la duodécima parte de la prima de navidad devengada en servicio activo, lo que en conjunto arroja una asignación superior a lo que se reconoce en el grado de agente, oficiales y suboficiales.

De todo lo analizado, resulta claro para el Despacho, que el actor no fue discriminado ni se le desmejoraron sus condiciones prestacionales, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, ya que analizado en conjunto el régimen del Nivel Ejecutivo resulta más favorable, y tal como se advirtió en la jurisprudencia, la inaplicación por inconstitucionalidad de una norma se usa con el fin de proteger, en un caso concreto los derechos fundamentales que se vean vulnerados, y en este caso no encuentra el despacho que las normas que regulan la asignación de retiro del Nivel Ejecutivo contraríen preceptos constitucionales.

En conclusión, el Despacho negará las pretensiones invocadas por el demandante, por considerar, que no le asiste derecho a que se le inapliquen las normas que invoca y que regulan la asignación de retiro en el régimen del Nivel Ejecutivo, como quiera que desde su ingresó a la Institución en el año 1996 hizo parte de este Nivel Ejecutivo, el cual se le debe aplicar en toda su integridad.

2.5. Costas:

El Despacho condenará en costas a la parte demandante, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, al concluir que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto⁷ se indicó que:

***“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.*”**

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho en la medida en que la entidad, habrá de condenarse a su pago en contra de la parte demandante y a favor de la parte demandada, incluyendo en la liquidación el valor de \$1.507.257, equivalente al 5% de la cuantía de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, en audiencia de Oralidad el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN, FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES propuestas por CASUR.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas con antelación que serán liquidadas por la Secretaría del Despacho, reconociéndose como agencias en derecho en favor del demandado, la suma de \$ 1.507.257.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, una vez en firme esta providencia, ORDENAR la devolución de los remanentes, si los hubiere y ARCHIVAR la actuación, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

QUINTO: RECONOCER PERSONERIA al Dr. JUAN CAMILO ARANGO TABARES, identificado con la C.C.# 1.088.291.088 de Pereira y T.P.# 260.775 del C. S. de la J., para actuar como apoderado sustituto, de la parte demandante (archivo No. 6)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **28c78eebf71a5153ef21ec95070b37a8af6e286495fdf106c5e78114d565147a**

Documento generado en 31/03/2022 03:46:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 170013333004-2019-00496-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JUVENAL CORREA ALZATE
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Sentencia No.: 042

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada de primera instancia de conformidad con el **Art. 182A Ley 2080 de 2021**.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

PRIMERO: Que es nula el oficio No. SEFPSM 761 del 13 de junio de 2019 expedido por LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MANIZALES, en nombre de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio del cual se NIEGA el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación incluyendo la **(BONIFICACIÓN MENSUAL, PRIMA DE SERVICIOS Y PRIMA DE NAVIDAD)**, además se debe ajustar el valor de la ASIGNACIÓN BÁSICA.

SEGUNDO: Declarar que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague la reliquidación pensión vitalicia de jubilación tomando como base para ello el 75% del salario promedio devengado por el demandante durante el año STATUS con todos los factores salariales bien liquidado.

TERCERO: Condenar a la demandada a pagar a favor del demandante, en pensión vitalicia de jubilación, a partir del día 20 de enero del 2017, hasta que se haga efectivo el pago, y en consecuencia se le ordene pagar la suma o diferencia no pagada entre la pensión liquidada y la que debe reconocerse al restablecer el derecho desde la fecha ya indicada.

CUARTO: Los pagos a que se refieren estas peticiones se harán a partir de la fecha en que el señor JUVENAL CORREA ALZATE, le fue aceptada la renuncia y en consideración al valor que tuvieron al momento de hacerse efectivos los pagos, de conformidad con el IPC. (Indexación).

QUINTO: Que se condene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los artículos 192 al 195 del CPACA.

SEXTO: Que se condene a las partes demandadas en costas y agencias en derecho en los términos del Art. 188 del C.P.A.C.A.

2.2. Hechos relevantes:

PRIMERO: Al señor JUVENAL CORREA ALZATE, le fue reconocida la pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES, mediante resolución número 00000701 del 29 de junio del 2017.

SEGUNDO: El día 02 de noviembre de 2018, el demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta que la norma aplicable es la Ley 33 de 1985 y 91 de 1989, toda vez que para la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, ya se encontraba vinculado al servicio público.

TERCERO: En dicha solicitud se aportó el certificado de historia laboral y los factores salariales devengados en el año de estatus del 20 de enero del 2016 al 19 de febrero del 2017, tales como salario básico, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicio.

CUARTO: Dicha solicitud fue resuelta de fondo por la secretaría de Educación del Municipio de Manizales, de conformidad con las competencias otorgadas por la Ley 962 de 2005 y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, mediante oficio número SEFPSM 761 del 13 de junio del 2019, donde niega el ajuste de la pensión de jubilación.

QUINTO: Las demandadas al momento de determinar la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación del demandante no incluyeron los factores salariales BONIFICACIÓN MENSUAL, PRIMA DE SERVICIOS Y PRIMA DE NAVIDAD, además se debe ajustar el valor de la ASIGNACIÓN BÁSICA que fue desestimada por la parte demandante.

SEXTO: Las entidades demandadas al no tener en cuenta todos los factores salariales y los valores que por ley deben ser computados, determinó una cuantía menor a la que realmente le corresponde, provocando un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad y haciendo gravosa la situación del demandante.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

- a. Acto legislativo 01 de 2005.
- b. Constitución Política, artículos, 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53.
- c. Código Contencioso Administrativo, artículos 3,13, 66, 138 del C.P.A.C.A.
- d. Ley 91 de 1989, artículo 6 de la ley y 60 de 1993, Ley 33 de 1985; artículo 29 de la ley 10 1993, artículo 36; ley 115 de 1994, ley 812 de 2003.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad demandada contestó la demanda de manera oportuna y se opuso a las pretensiones planteadas, por cuanto el acto emitido es legal puesto que se funda conforme a la normatividad vigente y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales del docente.

Como medio de defesan propuso las siguientes excepciones:

- LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD.
- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR HABERSE LIQUIDADO LA PENSIÓN DE LA ACTORA DE ACUERDO A LA NORMATIVIDAD VIGENTE.
- GENÉRICA.

2.5. Traslado de excepciones:

La parte demandante no se pronunció frente al traslado de las excepciones, según constancia secretarial vista en el archivo 04ConstContestDda.pdf del expediente digitalizado.

2.6. Alegatos de conclusión:

Parte demandante: Después de realizar un recuento normativo del régimen aplicable al demandante en materia de pensiones como es la Ley 91 de 1989, la Ley 60 de 1993, Leyes 33 y 62 de 1985, alega que al momento de reconocérsele la pensión vitalicia de jubilación y teniendo en cuenta el año status, devengó la bonificación mensual, por valor de \$55.053, además se debe ajustar el valor de la asignación básica mensual en la suma de \$2.752.636, factor que se debió incluir para la liquidación de dicha prestación del demandante a partir del 20 de enero de 2017.

Parte demandada: La apoderada de la parte demandada sustento sus alegatos advirtiendo que por regla general las pensiones se encuentran sometidas a las normas vigentes al momento de la causación so pena de violentar la Carta Política.

Indica que la regla financiera establece el reconocimiento de las pensiones conforme a los factores establecidos en la ley y sobre los cuales se han realizado aportes y/o cotizaciones; que el artículo 48, inciso 12 de la Carta Política establece sin lugar a dudas que “... *Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)*” ello en virtud al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Como apoyo a su argumento relaciona la sentencia C-258 de 2013, y decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del expediente No. 66001-33-33-005-

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

2016-00326-01, la sentencia No. 680012333000201500569-01 de 25 de abril de 2019 con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortés.

Solicita se nieguen las súplicas de la demanda y como consecuencia se absuelva a la entidad toda vez que hay precedente jurisprudencial sobre este tema y se condene en costas a la parte demandante.

El Ministerio Público no hizo uso de esta oportunidad procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Solicita la parte demandante se declare la nulidad del **oficio No. SEFPSM 761 del 13/06/2019**, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida al accionante, por cuanto no incluyó la **BONIFICACIÓN MENSUAL – PRIMA DE SERVICIOS y PRIMA DE ACTIVIDAD**, percibidas durante el último año al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de la bonificación mensual, prima de servicios y la prima de navidad como factores salariales **al momento adquirir el status de pensionado?***

¿Cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en la reliquidación de la pensión de jubilación ordinaria del accionante, como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Premisas normativas:

Antes de dirimir el fondo de la pretensión, será necesario establecer el marco normativo regulador de la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación docente.

- La **Ley 91 de 1989** creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados; tiene entre sus objetivos el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y, en esta medida, les reconoce a sus afiliados el pago de la pensión, bien sea de jubilación o de invalidez; posteriormente los docentes que pertenecían al orden departamental que en virtud del proceso de nacionalización ocurrido como consecuencia de la expedición de la Ley 43 de 1.975, que finalizó en 1.980; se rigen, en cuanto a las prestaciones que se causen hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1.989, que lo fue el 29 de diciembre de 1.989, según fuere el caso, por la Ley 6ª de 1.945 y la Ley 33 de 1.985, normas que deben armonizarse para su aplicación con las disposiciones de la Ley 91 de 1.989.

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

En el tema de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y equiparó su régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem, lo siguiente:

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

2. Pensiones:

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación **equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año** [...].”*

Se observa que dicha norma establece que la tasa de reemplazo será liquidada sobre "el salario mensual promedio" a diferencia de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 que ordena liquidar la tasa de reemplazo, sobre el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio" Es decir, la norma especial que regula la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag -Ley 91/89-fija el ingreso base de liquidación a partir del concepto de "salario".

Ahora bien, el art. 15 de la Ley 91/89 establece que los docentes "gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional...". Es así que la Ley 33 de 1985, determinó en su artículo 1 como requisitos para acceder al derecho pensional de jubilación, i), la prestación del servicio por veinte (20) años continuos o discontinuos y ii) el cumplimiento de los 55 años de edad. Al respecto:

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

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

Seguidamente, enlistó en el artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de aportes, precepto que fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en su art. 1° lo siguiente:

“Artículo 1°. 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

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

*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...”*

Esta remisión normativa, a la luz de la regla de prevalencia de la norma especial sobre la general, indica, para el caso, que en todo lo que no esté determinado por el art. 15.2 literal b) de la Ley 91/89, se deberá acudir a la norma pensional general de los empleados públicos, que para ese momento lo era la Ley 33 de 1985.

Cabe precisar que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia venía explicado cómo se debía cuantificar el monto de las pensiones del régimen pensional del sector oficial, concluyendo que las pensiones se calculaban con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma (Ver sentencias de la Sección Segunda, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09); C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, del 25 de febrero de 2016. Radicación: 25000-23-42-000-2013-01541-01, referencia: 4683-2013; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, 26 de noviembre de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), C.P. Cesar Palomino Cortés, febrero 9 de 2017, radicación No. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13))

Ahora, los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).



Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

*"[...] **Parágrafo transitorio 1º.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)..."

En el presente caso, se observa que el demandante **se vinculó al servicio educativo antes del 27 de junio de 2003 fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**. En consecuencia, su régimen en materia pensional será el de la Ley 91 de 1989 y sus normas concordantes.

3.3.2. Premisa jurisprudencial:

Ahora bien, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado estudió la pretensión de reliquidación de una pensión reconocida por Cajanal a una beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, a quien le aplicaba por remisión la Ley 33 de 1985. En dicha sentencia, el Consejo de Estado fijó dos subreglas aplicables al grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL, a saber:

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

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

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. ...”

A diferencia de lo ocurrido con la primera subregla, el Consejo de Estado no precisó si esta segunda subregla, cobijaba o no la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag, lo que podría suscitar dudas, no sobre si la misma constituye precedente, pues, se insiste, esta sentencia no es vinculante para la resolución sub examine, debido a que no existe similitud de supuestos fácticos y jurídicos; sino que surgía discusión sobre si debía hacerse extensiva la interpretación que allí se hace de la Ley 33/85 para determinar la fórmula de liquidación de las pensiones reconocidas a quienes gozan del régimen prestacional previsto en la Ley 91/89 y les aplica, por remisión del Art. 15 ibídem, la Ley 33/85.

El Juzgado venía considerando que los argumentos y subargumentos de la segunda subregla que aparecen en los numerales 96 y s.s. de la sentencia de unificación, se desligaban de la conclusión de la subregla primera de la que expresamente se excluye a los docentes afiliados al FOMAG, no guardando relación con las particularidades del régimen especial de que gozan los docentes oficiales, permitiendo de esa manera continuar con la tesis del reconocimiento de una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sumado a que en pronunciamientos posteriores a la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado había ratificado que a los docentes se le aplica la Ley 33 de 1985² por virtud de la Ley 19 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993.

¹ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

²Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2018-03012, 27 de septiembre de 2018

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Ahora bien, en fallo de unificación, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, unificó las reglas sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes y dijo³:



“Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

1. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

*2. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”*

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Caldas⁴, en pronunciamientos proferidos por vía del recurso de apelación de sentencias en las cuales se había accedido al reajuste pensional en primera instancia, ordenando la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, algunos al status, otros al retiro, revocó la decisión bajo el argumento de que las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley

³Consejo de Estado, Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017.

⁴ Ver sentencias del 1 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0017, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía; 8 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0181, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía.

 (6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

62 del mismo año, deben liquidarse sobre todos los factores por los cuales se hubiere cotizado siempre y cuando estén previstos en la precitada Ley 62.

Con fundamento en el citado pronunciamiento de unificación, el cual resulta de obligatorio acatamiento para esta Operadora Judicial y la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Caldas, se modifica el criterio que se tenía adoptado en la reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes y en su lugar, se acoge a la postura planteada por las aludidas Corporaciones.

3.3.3. Caso concreto:

Ahora bien, aplicando al sub examine los elementos jurídicos y jurisprudenciales anteriormente consignados, se tiene probado lo siguiente:

- Mediante la **Resolución No. 00000701 del 29 de junio de 2017**, se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la parte demandante, efectiva a partir del 19-01-2017 al status, en cuantía de **\$2.140.460**.
- Los factores salariales reconocidos fueron: SUELDO MENSUAL y PRIMA DE VACACIONES.
- Los factores incluidos en el acto de reconocimiento pensional, los pedidos y los enlistados en la Ley 62 de 1985, se resumen en el siguiente cuadro:

| Factores devengados el último año de servicios al STATUS DE PENSIONADO | Factores incluidos en la base pensional <u>al status</u> | Factores consagrados en la Ley 62 de 1985 |
|--|--|--|
| Asignación Básica Prima de Navidad Prima de Servicios Prima de Vacaciones Docente Bonificación Mensual | Sueldo mensual, Prima de Vacaciones. | Asignación Básica de Gastos de Representación Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; Domingales y feriados; Horas extras Bonificación por servicios prestados; Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. |

3.4. Conclusión:

En el caso concreto hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado por la parte demandante, solo frente a **la BONIFICACIÓN MENSUAL**, porque si bien es cierto, no está enlistada en la Ley 62/85, tiene una creación legal a través del Decreto **1272/2015**, es exclusivamente para docentes regidos por el Decreto Ley 2277/79 y

Decreto Ley 1279/2002 con cargo al Sistema General de Participaciones, se paga mensualmente y con valores variables de acuerdo al escalafón docente, y **constituye factor salarial para los aportes obligatorios según se desprende del inciso 2 del artículo 1 de la normativa.**

Respecto la **PRIMA DE SERVICIOS y PRIMA DE NAVIDAD**, no se accederá, en razón que no está en listada en la Ley 62/85, y si bien la **PRIMA DE SERVICIOS está reconocida legalmente por el Decreto 1545 de 2013**, no se observa en la norma que sea factor salarial para los aportes obligatorios al sistema de seguridad social.

Ahora bien, como quiera que la nulidad se funda en la no inclusión de todos los factores devengados y certificados que son computables en materia pensional, se accederá a las súplicas de la parte demandante, declarando la nulidad parcial del **OFICIO No. SEFPSM 761 del 13 de junio de 20169**, que negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor **JUVENAL CORREA ALZATE**, pero sólo respecto al monto de la pensión, en cuanto no incluyó el factor salarial **BONIFICACIÓN MENSUAL** sobre el cual le realizaron los respectivos aportes.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENARÁ** a la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar al demandante los ajustes económicos a su pensión de **jubilación desde el momento del cumplimiento del status de pensionado, a partir del 20-1-2017**, en la forma como lo determina el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como factor salarial adicional a los que ya venía percibiendo la **BONIFICACIÓN MENSUAL**.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

De donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor, **desde el momento del cumplimiento del status 20 de enero de 2017**, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los respectivos pagos.

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

3.5. De la excepción de **PRESCRIPCIÓN**:

El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, consagra en respecto a la Prescripción lo siguiente: "...2. *El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la*

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”

12

Se tiene que mediante **Resolución No. 00000701 del 29 de junio de 2017**, le fue reconocida la pensión de jubilación **efectiva a partir del 20/1/2017**; mediante derecho de petición del **2 de noviembre de 2018** solicitaron ante la entidad territorial le fuera reajusta la pensión al demandante con los factores salariales bonificación mensual, prima de servicios y prima de navidad, se observa que la demanda es presentada el **7 de octubre de 2019**; por lo tanto NO hay lugar a decretar la prescripción trienal⁵.

3.6. Condena en costas:

El Despacho condena en parcialmente en costas a la entidad demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto⁶ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

⁵ Al respecto ver sentencia C-412 de 1997 de la H. Corte Constitucional y art. 94 del C. G. del P.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que quedó acreditado que la parte demandante concurrió al presente proceso a través de apoderado judicial, habrá de condenarse a su pago a la entidad y en favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$ 596.546.00), correspondiente al 5% del valor de las pretensiones (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones de LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR HABERSE LIQUIDADO LA PENSIÓN DE LA ACTORA DE ACUERDO A LA NORMATIVIDAD VIGENTE, **propuestas** por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio No. **No. SEFPSM 761 del 13 de junio de 20169**, que negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor **JUVENAL CORREA ALZATE**, pero sólo respecto al monto de la pensión, en cuanto no incluyó el factor salarial BONIFICACIÓN MENSUAL sobre el cual se realizaron los respectivos aportes.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR y PAGAR en favor del señor **JUVENAL CORREA ALZATE** los ajustes económicos a su pensión de jubilación, **desde el momento del CUMPLIMIENTO DEL STATUS 20 de enero de 2017** incluyendo como factor salarial adicional a los ya reconocidos **la BONIFICACIÓN MENSUAL**.

CUARTO.- COSTAS a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

(6) 8879640 ext 11118

 admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **114f775837f26d9b383f7d163c4ef5ff5b246eab88be80224ab76cca6e910ae1**
Documento generado en 31/03/2022 03:46:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 170013333004-2019-00533-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: GILDARDO BUENO LENGUA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Sentencia No.: 45

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, de conformidad con el último inciso del art. 181 del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad del acto administrativo No. 11830 Consecutivo 2019-11831 del 26 de febrero de 2019 y la nulidad parcial de la Resolución No. 8481 del 20 de marzo de 2018, proferidos por CREMIL, en la que se negó el reajuste de la asignación de retiro.
- Que se inapliquen las normas que se consideren violatorias de derechos fundamentales.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL a reajustar y reliquidar la asignación de retiro del accionante, así: Se reajuste y reliquide la asignación de retiro en la partida conocida como prima de antigüedad, tomando el salario básico mensual y liquidándolo en un 38.5%.
- Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el reconocimiento de la pensión y hasta el cumplimiento de la sentencia.
- Ordenar a la entidad demandada que una vez hecha la reliquidación se le continúe pagando al accionante la asignación de retiro con el nuevo valor que arroje.
- Condenar al pago de los intereses moratorios, desde la fecha de la sentencia hasta que se haga efectivo el respectivo pago.

- La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas, debiendo ajustarse con base en el IPC certificado por el DANE.
- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 a 192 de la Ley 1437 de 2011.
- Condenar en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en la sentencia C-539 del 28 de julio de 1999.

2.2. Supuestos fácticos:

- El accionante ingresó al Ejército Nacional de Colombia bajo los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985, con una asignación mensual de retiro regulada en el artículo 4 equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.
- El Decreto 1794 de 2000 estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares y el artículo 1° indicó como debía tasarse el salario de los soldados.
- El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia por más de 20 años, por lo cual disfrutaba de una asignación de retiro a cargo de CREMIL.
- CREMIL al liquidar el factor de prima de antigüedad debe tomar el 38.5% del salario básico mensual, que es computable para la asignación de retiro, pero CREMIL al liquidar esta partida primero toma el 38.5% del sueldo devengado en actividad y luego a ese resultado se le afecta nuevamente en un 70%.
- La liquidación realizada por CREMIL afecta doblemente la prima de antigüedad, toda vez que la norma establece que el soldado tendrá derecho al 70% del salario básico mensual, adicionado con un 38.5% del salario básico, concerniente a la prima de antigüedad.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Las normas que la parte demandante considera han sido violadas, son las siguientes:

Constitución Política artículos 1°, 2°, 6, 11, 13, 53° y 90.

Ley 1437 de 2011 arts. 138 y ss.

Ley 4ª de 1992

Ley 131 de 1985

Decreto 1794 de 2000

Decreto 1793 de 2000

Decreto 4433 de 2004.

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad demandada en cuanto a los hechos acepta los relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa, frente a los demás, la entidad se opone, toda vez que son objeto de debate.

Respecto a las pretensiones se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Propuso como excepciones las siguientes:

- *“Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro”.*
- *“Legalidad de las actuaciones por la caja de retiro de las fuerzas militares. correcta aplicación de las disposiciones vigentes”.*
- *“No configuración de la causal de nulidad”.*
- *“No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL”.*
- *“Prescripción”.*

2.5. Traslado de excepciones:

Una vez revisado el expediente digitalizado, se observa que la parte demandante no se pronunció sobre las excepciones propuestas.

2.5. Alegatos de Conclusión:

Parte Demandante:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y solicitó acceder a las pretensiones de la misma.

Parte Demandada:

Indicó que, tratándose de las problemáticas de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional y las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de su asignación de retiro, existía unas diferencias de interpretación que fueron debatidas en los diferentes despachos judiciales, para ser finalmente definidas por Consejo de Estado, pero una vez ejecutoriada la providencia de unificación, CREMIL ha adoptado todas las medidas pertinentes para el reconocimiento de los derechos consolidados por el alto Tribunal, lo que evidencia que la Entidad ha realizado de buena fe los actos propios a la defensa judicial, por lo que solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho a CREMIL.

2.6. Concepto del Ministerio Público:

Guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Solicita el accionante, se declare que tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro de conformidad con la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro.

3.2. Problema Jurídico:

¿Tiene derecho el demandante a que se le reliquide la asignación de retiro de acuerdo a la interpretación que hace del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 reajustándole el 38,5% del 100% de la asignación de retiro?

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Normas aplicables y precedentes jurisprudenciales:

3.3.1.1. El régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios a profesionales

La Ley 48 de 1993 reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización de las Fuerzas Militares y previó que las modalidades de prestación del servicio militar eran las siguientes:

“ART. 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;*
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;*
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;*
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses”.*

La Ley 131 de 1985 “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio (en cualquiera de sus modalidades, regular, bachiller, auxiliar de policía o campesino) hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

“Artículo 2°. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1°. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2°. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Artículo 3°. Las personas a que se refiere el artículo 2°. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

Artículo 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente,

incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

Nótese que la Ley habla de una bonificación mensual equivalente al salario mínimo incrementada en un 60% del mismo salario, para los soldados que hubieren prestado el servicio militar voluntario.

Posteriormente el Gobierno Nacional en uso las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000 “*Por medio del cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”. Dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985, estableciendo lo siguiente:

“ART. 1º—Soldados profesionales. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

En cuanto a la selección del personal se dispuso:

“ART. 5º—Selección. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el director de reclutamiento de cada fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARAGRAFO.—Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 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 1º 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 (resaltado fuera de texto).

Del contenido de los artículos transcritos, se desprende que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida en la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo hubieren manifestado, quedando sujetos en forma íntegra, a lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Y los soldados voluntarios que no manifestaron su intención de ser incorporados fueron posteriormente enlistados como profesionales, en razón del mismo Decreto Ley 1793 de 2000 cuando en su artículo 42 señala:

“Artículo 42. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad

con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales. (subrayas y negrillas del Despacho)

Frente a la incorporación obligatoria de los soldados voluntarios al Régimen de Carrera y Estatuto Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares el Consejo de Estado¹ en sentencia de unificación expresó:

“En este punto, es de tener en cuenta, que tanto el demandante como la entidad demandada, señalan que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al nuevo régimen de carrera del soldado profesional creado en el Decreto Ley 1793 de 2000,70 se produjo de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal números 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003,71 por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria de todos los soldados voluntarios en soldados profesionales.

En conclusión de lo hasta ahora expuesto, a partir de lo normado en el Decreto Ley 1793 de 2000,72 pese a ostentar el mismo rango de soldados profesionales, los enunciados normativos analizados distinguen en este género de uniformados dos categorías en virtud de las diferencias objetivas que estipulan dichas normas en cuanto a su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros.

Esta subdivisión dicotómica de los soldados profesionales: entre quienes se vincularon ex novo a partir del 1º de enero de 2001 y los que encontrándose enlistados a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 2002 fueron posteriormente incorporados al nuevo régimen, además de ser expresión de la realidad objetiva que caracterizó a la vinculación de cada grupo, tiene efectos salariales...”.

Ahora bien, respecto al régimen salarial, el mismo Decreto en el artículo 38 dispuso que el Gobierno Nacional “expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”.

Por lo anterior se expidió el Decreto 1794 de 2000, “Por medio del cual se Estableció el Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”. En su artículo 1ro dispuso lo siguiente:

“ART. 1º—Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

El artículo 2 y el párrafo, reguló la prima de antigüedad así:

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015.

“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.**”*

La lectura de estas disposiciones permite dilucidar que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, y en virtud del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las Fuerzas Militares, acogiéndose al régimen prestacional designado para éstos, y en aplicación del principio de los derechos adquiridos, dispuso conservar el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, por lo tanto conservaron en la ahora denominada asignación salarial mensual (antes bonificación) el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, lo mismo que el derecho a que se les cancele el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

La sentencia de unificación del Consejo de Estado² definió la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales, en la cual estipuló que los Soldados Profesionales tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos expuestos en la mencionada providencia.

El anterior criterio también fue analizado y acogido en la sentencia de unificación de la SECCION SEGUNDA del CONSEJO DE ESTADO, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

3.3.1.2. Sobre la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública

Ahora bien, 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”*, vigente para la fecha que el demandante se retiró del servicio cuyo artículo 13 dispuso como partidas

² Consejo de Estado – Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015. Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. Tema: Con fundamento en el inciso 2°, del artículo 1°, 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%

computables la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidará para los Soldados Profesionales así:

“(…)

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.

La forma de liquidación de la asignación de retiro de manera puntual está consagrada en el artículo 16:

*“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.”*

Así las cosas, se tiene que para liquidar la asignación de retiro del demandante la Entidad debía tener en cuenta el 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000 e igualmente el 38.5% de la prima de antigüedad como se explicó en precedencia.

Como se mencionó el artículo 2 de la Ley 1794 de 2000 reguló la prima de antigüedad para soldados profesionales quienes tendrán derecho a la mencionada prima a partir del 2do año en un porcentaje del 6.5% de la asignación mensual sin exceder el 58.5%.

Como el actor pretende en esta demanda se le reliquide y reajuste la **prima de antigüedad** según la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433/04, y este tema fue estudiado en Sentencia de Unificación del Consejo de Estado ya enunciada, con radicado interno 1701-16 del 25 de abril de 2019, M.P. William Hernández Gómez, el despacho acogerá la tesis adoptada en ese precedente por encontrarse el demandante en una idéntica situación fáctica y jurídica, en ella se concluyó lo siguiente:

“(…)

8. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, **(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad = Asignación de Retiro**

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un

detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

$$(Salario \times 70\%) + (salario \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

(...)

Extensión de la decisión que aquí se adopta

305. El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad garantizar en el ámbito administrativo el principio de igualdad, por tal razón consagra el deber de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia a situaciones que tengan similares supuestos fácticos y jurídicos. Por su parte, y en consonancia con el aludido principio, el artículo 102 ibidem establece que es obligación de las autoridades extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos.

306. A su turno, el artículo 270 ejusdem señaló que son sentencias de unificación jurisprudencial las siguientes: i) las que profiera el Consejo de

Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, esto es, las dictadas en virtud del artículo 271; ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y; iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión previstas en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

307. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de unificar jurisprudencia, causal prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y que además en ella se reconoce un derecho, la presente sentencia de unificación jurisprudencial es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica.

308. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

309. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁴² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁴³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. 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.

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1

del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$$\underline{\underline{(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}}}$$

6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción”.

4. Del caso concreto.

Conforme al material probatorio obrante en el expediente, se logró establecer que:

- Mediante la Resolución No. 8481 del 20 de marzo de 2018, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional del Ejército GILDARDO BUENO LENGUA, en cuantía del 70%

del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 25% del subsidio familiar devengado en actividad (fls. 19 a 21 del C1 expediente digitalizado).

- A través de derecho de petición radicado el 15 de febrero de 2019, el accionante, solicitó el reajuste del 60% del salario con el cual se le liquidó su asignación de retiro, además la prima de antigüedad aplicando el procedimiento o la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 e incluyeran la duodécima parte de la prima de navidad y la indexación de las sumas reclamadas (fl. 17 del C1 digitalizado).

- La anterior petición fue resuelta de manera negativa por CREMIL a través del acto administrativo No. 11830 Consecutivo 2019-11831 del 26 de febrero de 2019 (fls. 15 y 16 C1 del expediente digitalizado).

- De conformidad con la hoja de Servicios Nro. 3-9764901 del 08 de febrero de 2018, que obra en los folios 25 y 26 del cuaderno principal digitalizado, se tiene que, el accionante, ostentó los grados y tiempos que a continuación se relacionan:

(i) Servicio militar (soldado regular), desde el 14 de noviembre de 1997 hasta el 15 de mayo de 1999.

(ii) Soldado voluntario, desde el 16 de mayo de 1999, hasta el 31 de octubre de 2003;

(iii) Soldado profesional, desde el 1 de noviembre de 2003, hasta el 30 de enero de 2018;

De ahí que, habiéndose vinculado el señor GILDARDO BUENO LENGUA, como soldado voluntario el 16 de mayo de 1999 bajo la Ley 131 de 1985 y, posteriormente, en calidad de soldado profesional, en gracia de la autorización normativa imprimida por el Decreto 1793 de 2000, es factible tenerse dentro de las previsiones del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% del soldado profesional fue realizado, según se desprende de la proyección de asignación de retiro anexa a la Resolución No. 8481 del 20 de marzo de 2018 según se aprecia en el folio 22 del C.1 del expediente digitalizado.

No sucede lo mismo frente a la liquidación de la prima de antigüedad que también debió ser reajustada en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues la liquida en indebida forma, así:

A la asignación de retiro (smmlv + 60%) por \$1.249.988 le extrae el porcentaje del 70% que da \$874.992, y a ese resultado le saca el porcentaje de la prima de antigüedad del 38.5% y da como resultado \$336.872, dando una suma total de estas dos partidas de \$1.211.864, lo que no solo genera un detrimento en el monto final de la asignación del accionante, sino que desconoce el sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la interpretación otorgada por el Consejo de Estado.

Pues la forma en que debió liquidar CREMIL la prestación según la interpretación del Consejo de Estado es la siguiente:

SUELDO BÁSICO (1smmlv + 60%)= \$1.249.988

PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO:

| | |
|--|------------------|
| + 70% SOBRE EL SUELDO BASICO | \$874.992 |
| + PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5% SOBRE EL SUELDO BÁSICO 100% | <u>\$481.245</u> |
| TOTAL | \$1.356.237 |

Con la advertencia que a la anterior suma se le suma el subsidio familiar.

En ese orden de ideas, en lo que respecta a la pretensión reliquidación de la asignación de retiro con la prima de antigüedad, encuentra el Despacho que la forma como ha liquidado CREMIL tal prestación va en contravía con lo ordenado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en consonancia con la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2019.

La liquidación de la prima de antigüedad se hará en la forma estipulada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2019, así:

- La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

Y no de la forma como la venía liquidando la entidad.

5. Conclusión:

En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio No. 11830 Consecutivo 2019-11831 del 26 de febrero de 2019 y la nulidad parcial de la Resolución No. 8481 del 20 de marzo de 2018 y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENARÁ a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a pagar a la parte demandante los ajustes económicos a su ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL **reajustando la prima de antigüedad en la forma dispuesta en la sentencia de unificación** desde el momento en le fue reconocida la asignación de retiro, esto es, a partir del 30 de abril de 2018, de la siguiente manera:

$$\underline{(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}}$$

De igual manera deberá pagar la diferencia causada sobre esta partida, a partir del 30 de abril de 2018 entre el salario percibido y el incremento ordenado, debidamente indexado, sin perjuicio de que la entidad accionada haga el descuento de los aportes correspondientes sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

De donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor desde el reconocimiento del derecho partir del 30 de abril de 2018, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el respectivo pago).

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

La parte demandada condenada, deberá efectuar los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

6. Prescripción:

Considerando que la apoderada de la parte demandante aportó la reclamación administrativa, no hay lugar a declarar la prescripción teniendo en cuenta que la petición se realizó el 15 de febrero de 2019 y el reconocimiento del derecho se fue a partir del 30 de abril de 2018, según la resolución de reconocimiento No. 8481 del 20 de marzo de 2018.

7. Condena en Costas:

El Despacho dispondrá **condenar en costas** a la parte demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto³ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a

³ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho en la medida en que ha quedado acreditado que el demandante acudió al proceso a través de apoderado judicial, habrá de **condenarse** a su pago en contra de la parte demandada y a favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (218.676.00), correspondiente al 7% del valor de las pretensiones (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto, en audiencia de Oralidad el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas *Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro*, *Legalidad de las actuaciones por la caja de retiro de las fuerzas militares. correcta aplicación de las disposiciones vigentes*, *No configuración de la causal de nulidad*, *No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL* y *Prescripción*, propuestas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del oficio No. 2017-65036 del 17 de octubre de 2017, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación de retiro pretendida.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor GILDARDO BUENO LENGUA, **reajustando la prima de antigüedad en la forma dispuesta en la sentencia de unificación** desde el momento en le fue reconocida la asignación de retiro, esto es, a partir del 30 de abril de 2018, de la siguiente manera:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

De igual manera deberá pagar la diferencia causada sobre esta partida, a partir del 30 de abril de 2018 entre el salario percibido y el incremento ordenado, debidamente indexado, sin perjuicio de que la entidad accionada haga el descuento de los aportes correspondientes sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

CUARTO: La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y deberá reconocer intereses moratorios sobre los

valores debidos, desde su ejecutoria en los términos y oportunidades descritos en el artículo 195 num. 4 del CPACA.

QUINTO: CONDENAR en costas a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P.

SEXTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f39adde55aca73b2766c8d93223f0d093e4887c9edbddd88d2b92f8ecd4bd7ef**
Documento generado en 31/03/2022 03:46:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 170013333004-2019-00554-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LAURA ROSA NARANJO GARCIA
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Sentencia No.: 44

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 182 A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad de la resolución No. 5868-6 del 02 de octubre de 2019, a través de la cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional a la demandante, en cuanto no incluyó la bonificación por servicios prestados, conforme lo reconocido en sentencia proferida el 13 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas
- Declarar que la demandante tiene derecho a que LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación, incluyendo el factor salarial de la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, a partir del 25 de agosto de 2009 (fecha de status de pensionada).

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada:

- Reconocimiento y pago de la Pensión Ordinaria de Jubilación a partir del **25 de agosto de 2009** (status), incluyendo los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquisición del status jurídico de pensionada y los reconocidos a través de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 13 de marzo de 2014.
- Condenar a la demandada que en el caso concreto extienda el reconocimiento al pago de la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, la cual no fue tenida en cuenta en la resolución que reconoció la prestación.
- Que la demandada a que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique reajustes de la Ley para cada año como ordena la Constitución Política.

- A que la demandada realice el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de los pensionados. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
- Que la demandada realice el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
- Ordenar a la demandada que reconozca y pague intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
- Condenar en costas a la demandada.

2.2. Hechos relevantes:

- Que la demandante laboró más de 20 años como docente oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida la pensión de jubilación por esa entidad, reconocimiento que se realizó a través de la Resolución 6510 del 28/12/2009, a partir del 25 de agosto de 2009.
- Que mediante Resolución No. 2728-6 del 5 de mayo de 2013 le fue reliquidada su pensión de jubilación, dado que continuó prestando los servicios a la entidad hasta el 31 de diciembre de 2013.
- Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, sobresueldo y prima de alimentación, más no la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, reconocida a partir del 20 de mayo de 2006, por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia del 13 de marzo de 2014, a través de la cual se modificó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales.
- Que mediante Resolución No 5868-6 del 02 de octubre de 2019, la demandada negó la reliquidó la pensión de la demandante frente al factor de la bonificación por servicios prestados.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989
Artículo 1º Ley 33 de 1985
Ley 62 de 1985 y
Decreto 1045 de 1978.

2.4. Contestación de la demanda:

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que a la demandante no le asiste el derecho que reclama, teniendo en cuenta que los factores salariales incluidos en la liquidación de su pensión de jubilación contenidos en la 7295 del 26 de octubre de 2018, fueron los que expresamente se encuentran señalados en la ley y sobre los cuales efectivamente fueron realizados aportes para pensión, que en

consecuencia, debe confirmarse la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo acusado.

Propuso los siguientes medios exceptivos que se resolverán en el fondo del asunto:

- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO
- GENÉRICA.

2.5. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

Intervino en el proceso presentando argumentos de hecho y derecho en pro de la negativa a las pretensiones de la demanda por la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización conforme a la sentencia SUJ-014 CE S2 2019 del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, donde claramente se determinó que cualquiera que será el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

2.6. Traslado de excepciones:

La parte demandante se pronunció frente al traslado de las excepciones manifestando que la mesada pensional de la demandante, se calculó sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios previo a la adquisición del estatus de pensionado o retiro del servicio, sin abordar los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Solicita la parte demandante se declare la nulidad de la resolución **No.5868-6 del 02/10/2019**, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida al accionante, por cuanto no incluyó la **BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**, de acuerdo a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que le reconoció dicha prestación.

3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factores salariales **al momento del status**?*

3.3. Argumento Central:

3.3.1. Premisas normativas:

Antes de dirimir el fondo de la pretensión, será necesario establecer el marco normativo regulador de la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación docente.

- La **Ley 91 de 1989** creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados; tiene entre sus objetivos el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y, en esta medida, les reconoce a sus afiliados el pago de la pensión, bien sea de jubilación o de invalidez; posteriormente los docentes que pertenecían

al orden departamental que en virtud del proceso de nacionalización ocurrido como consecuencia de la expedición de la Ley 43 de 1.975, que finalizó en 1.980; se rigen, en cuanto a las prestaciones que se causen hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1.989, que lo fue el 29 de diciembre de 1.989, según fuere el caso, por la Ley 6ª de 1.945 y la Ley 33 de 1.985, normas que deben armonizarse para su aplicación con las disposiciones de la Ley 91 de 1.989.

En el tema de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y equiparó su régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem, lo siguiente:

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

2. Pensiones:

B. *Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año [...].”*

Se observa que dicha norma establece que la tasa de reemplazo será liquidada sobre "el salario mensual promedio" a diferencia de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 que ordena liquidar la tasa de reemplazo, sobre el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio" Es decir, la norma especial que regula la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag -Ley 91/89-fija el ingreso base de liquidación a partir del concepto de "salario".

Ahora bien, el art. 15 de la Ley 91/89 establece que los docentes "gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional...". Es así que la Ley 33 de 1985, determinó en su artículo 1 como requisitos para acceder al derecho pensional de jubilación, i), la prestación del servicio por veinte (20) años continuos o discontinuos y ii) el cumplimiento de los 55 años de edad. Al respecto:

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

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

Seguidamente, enlistó en el artículo 3º los factores que serían considerados para la determinación de la base de aportes, precepto que fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en su art. 1º lo siguiente:

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

en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. *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... ”.*

Esta remisión normativa, a la luz de la regla de prevalencia de la norma especial sobre la general, indica, para el caso, que en todo lo que no esté determinado por el art. 15.2 literal b) de la Ley 91/89, se deberá acudir a la norma pensional general de los empleados públicos, que para ese momento lo era la Ley 33 de 1985.

Cabe precisar que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia venía explicado cómo se debía cuantificar el monto de las pensiones del régimen pensional del sector oficial, concluyendo que las pensiones se calculaban con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma (Ver sentencias de la Sección Segunda, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09); C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, del 25 de febrero de 2016. Radicación: 25000-23-42-000-2013-01541-01, referencia: 4683-2013; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, 26 de noviembre de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), C.P. Cesar Palomino Cortés, febrero 9 de 2017, radicación No. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13))

Ahora, los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

“[...] Parágrafo transitorio 1°. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.*

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)...”

En el presente caso, se observa que la demandante se vinculó al servicio educativo antes del 27 de junio de 2003 fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. En consecuencia, su régimen en materia pensional será el de la Ley 91 de 1989 y sus normas concordantes.

3.3.2. Premisa jurisprudencial:

Ahora bien, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado estudió la pretensión de reliquidación de una pensión reconocida por Cajanal a una beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, a quien le aplicaba por remisión la Ley 33 de 1985.

En dicha sentencia, el Consejo de Estado fijó dos subreglas aplicables al grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL, a saber:

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

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

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

*96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.
...*

A diferencia de lo ocurrido con la primera subregla, el Consejo de Estado no precisó si esta segunda subregla, cobijaba o no la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag, lo que podría suscitar dudas, que surgía discusión sobre si debía hacerse extensiva la interpretación que allí se hace de la Ley 33/85 para determinar la fórmula de liquidación de las pensiones reconocidas a quienes gozan del régimen prestacional previsto en la Ley 91/89 y les aplica, por remisión del Art. 15 ibídem, la Ley 33/85.

El Juzgado venía considerando que los argumentos y subargumentos de la segunda subregla que aparecen en los numerales 96 y s.s. de la sentencia de unificación, se desligaban de la conclusión de la subregla primera de la que expresamente se excluye a los docentes afiliados al FOMAG, no guardando relación con las particularidades del régimen especial de que gozan los docentes oficiales, permitiendo de esa manera continuar con la tesis del reconocimiento de una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sumado a que en

¹ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

pronunciamientos posteriores a la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado había ratificado que era por virtud de la Ley 19 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993 que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985².

Ahora bien, en reciente fallo de unificación, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, unificó las reglas sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes. Al respecto³:

“Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

1. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

*2. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 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.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”*

A lo anterior se suma que el Tribunal Administrativo de Caldas⁴, también en recientes pronunciamientos proferidos por vía del recurso de apelación de sentencias en las cuales se había accedido al reajuste pensional en primera instancia, ordenando la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, algunos al status, otros al retiro, revocó la decisión bajo el argumento de que las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, debían liquidarse incluyendo todos los factores por los cuales se hubiere cotizado previstos en la última norma.

²Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2018-03012, 27 de septiembre de 2018

³Consejo de Estado, Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017.

⁴ Ver sentencias del 1 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0017, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía; 8 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0181, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía.

Con fundamento en el citado pronunciamiento de unificación, el cual resulta de obligatorio acatamiento por parte de esta operadora judicial, y la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Caldas se modificará el criterio que se había venido adoptando en estos temas de reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, para en su lugar, acogerse a la postura planteada por el Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, en el sentido que sólo los factores consagrados legalmente y sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

3.4. Caso concreto:

Ahora bien, aplicando al sub examine los elementos jurídicos y jurisprudenciales anteriormente consignados, se tiene probado lo siguiente:

- Mediante la **Resolución No. 6510 del 28 de diciembre de 2009**, se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la parte demandante, efectiva a partir del 26/08/2009 al status.
- Mediante **Resolución No. 2728-6 del 05 de mayo de 2014** se le reliquidó la pensión de jubilación de la accionante, reconociendo como factores: sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y, sobresueldo.
- Mediante sentencia del **13 de marzo de 2014** el Tribunal Administrativo de Caldas ordenó el pago a la parte demandante de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, a partir del **20 de mayo de 2006**.
- Mediante **Resolución No. 2950 del 17 de mayo de 2019** se le dio cumplimiento a la mencionada sentencia.
- Mediante **Resolución No 5868-6 del 0 de octubre de 2019** se niega la solicitud de reliquidación de pensión, con inclusión del factor salarial Bonificación por servicios.
 - Que los factores incluidos en el acto de reconocimiento pensional, los reconocidos en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas y los enlistados en la Ley 62 de 1985, se resumen en el siguiente cuadro:

| Factores reconocidos en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas | Factores incluidos en la base pensional <u>al status</u> | Factores consagrados en la Ley 62 de 1985 |
|---|--|--|
| Prima de Servicios Bonificación por servicios prestados | Sueldo Mensual Prima de alimentación Sobresueldo Coordinadora Prima de vacaciones Prima de navidad | Asignación Básica Gastos de Representación Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; Dominicales y feriados; Horas extras Bonificación por servicios prestados; Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. |

3.5. Conclusión:

En el caso concreto hay lugar al reconocimiento del derecho legalmente consagrado en favor de la parte demandante, a quien al liquidársele la pensión de jubilación solo se le tuvo en cuenta algunos factores de los consagrados en la Ley 62 de 1985, por lo que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado durante el **AÑO DE ADQUISICIÓN DEL ESTATUS PENSIONAL**, incluyendo además de los factores devengados en la respectiva resolución la **BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**.

Ahora bien, como quiera que la nulidad se funda en la no inclusión de todos los factores devengados que son computables en materia pensional, se accederá a las súplicas de la parte demandante, declarando la nulidad parcial de la **Resolución No. 5868-6 del 02/10/2019**, aclarando que la nulidad se predica solo respecto de la no inclusión de la bonificación por servicios prestados, sobre la cual se debieron haber efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENARÁ** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la demandante los ajustes económicos a su pensión de jubilación **desde el año de adquisición del estatus pensional, con efectos fiscales a partir del 29/07/2016 por prescripción trienal**, en la forma como lo determina el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como factor salarial adicional a los que ya venía percibiendo la **BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

De donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor, **desde el año de adquisición del estatus pensional, con efectos fiscales a partir del 29/07/2016 por prescripción trienal**, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los respectivos pagos.

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

3.6. De la excepción de PRESCRIPCIÓN:

El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, consagra en respecto a la Prescripción lo siguiente: *“...2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”*

Se tiene que mediante petición realizada el **29 de julio de 2019**, se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación y la demanda es presentada el **22 de noviembre de 2019**, es decir, que el término de prescripción se cuenta hacia atrás a partir de la petición, lo que nos ubica en el **29 de julio de 2016**; por lo tanto, hay lugar a decretar la prescripción de los pagos derivados de los ajustes que corresponde realizar desde la fecha de adquisición del estatus hasta esta última fecha.

3.7. Condena en costas:

El Despacho condenará parcialmente en costas a la parte demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, al concluir que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto⁵ se indicó que:

“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P. y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho en la medida en que ha quedado acreditado que la parte demandante acudió al proceso a través de apoderado judicial, habrá de condenarse a su pago parcial en contra de la entidad demandada y a favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (132.134.00), correspondiente al 7% del valor de las pretensiones (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuestas por La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la **Resolución No. 5868-6 del 02/10/2019** que negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora **LAURA**

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

ROSA NARANJO GARCÍA, con la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor salarial.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR y PAGAR en favor de la señora **LAURA ROSA NARANJO GARCÍA** los ajustes económicos a su pensión de jubilación, desde el momento de la adquisición del estatus pensional incluyendo como factor salarial adicional a los ya reconocidos la **BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**, con efectos fiscales a partir del 29 de julio de 2016.

CUARTO. DECLÁRASE la PRESCRIPCIÓN, frente al valor de los ajustes a que tuvo derecho antes del **29 de julio de 2016**.

QUINTO. COSTAS a cargo del MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la parte demandante, conforme se dispuso en la parte considerativa.

SEXTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, expídanse las copias necesarias en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso, liquídense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

OCTAVO: Notifíquese esta providencia conforme lo dispone el art. 203 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b01e3d244d59b7c230942b3ce6bc5d8aa7f105e327b3568e7da0d2a52c9d31ba**

Documento generado en 31/03/2022 03:46:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES CALDAS

Manizales, marzo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: RUBÉN DARÍO PÉREZ RINCÓN y OTROS
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Radicado: 17001-33-33-004-2016-00200-00
Sentencia: 43

ASUNTO

Procede el Despacho a emitir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** de la referencia.

ANTECEDENTES

Pretensiones:

- Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Ministerio de Defensa Policía Nacional por los perjuicios irrogados a los demandantes con ocasión del secuestro del señor RUBEN DARÍO PÉREZ RINCÓN, ocurrido el 5 de mayo de 1999 en el corregimiento de Arboleda, Caldas, mientras prestaba sus servicios como Agente adscrito al Departamento de Policía Caldas.

- Que se condene al MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, cancelar por concepto de perjuicios morales, la suma de 300 SMLMV a los demandantes, RUBEN DARÍO PÉREZ RINCÓN, OFELIA RINCÓN QUEBRADA -madre-, ANGIE KATHERINE PÉREZ LADINO, hija, HÉCTOR ALEJANDRO PÉREZ DUQUE -hijo, RUBEN DARÍO PÉREZ DUQUE -hijo-, BLANCA ISABEL y JULIA EDITH PÉREZ RINCÓN -hermanas-, y DIANA PATRICIA DUQUE SANTACOLOMBA- ex esposa.

Y por concepto de daño a la salud, que se cancele el equivalente a 300 SMLMV a favor de la víctima directa, RUBEN DARÍO PÉREZ RINCÓN.

HECHOS:

Que el señor RUBÉN DARÍO PÉREZ RINCÓN prestó sus servicios como Patrullero de la Policía Nacional de Colombia, adscrito al Departamento de Policía de Caldas, desde el 1 de septiembre de 1984 hasta el 13 de febrero de 2014.

Para mayo de 1999, el Agente Rubén Darío Pérez Rincón pertenecía al Grupo de Reacción y Control del Departamento de Policía Caldas, denominado “Orión Uno”.

El 3 de mayo de 1999 se envió la Patrulla “Orión Uno” integrada por 17 miembros de la fuerza pública, al Corregimiento de Arboleda, Caldas, en apoyo a la Estación de Policía del lugar por cuanto la zona estaba amenazada por la guerrilla de Las FARC, entre los integrantes de dicha patrulla, se encontraba el accionante, Pérez Rincón Rubén Darío.

Tres días después de la llegada de la Patrulla Orión Uno al corregimiento de Arboleda, Caldas, concretamente el 5 de mayo de 1999, a las 12:40 p.m el ST William Rodríguez Díaz recibió la orden del desplazar la Patrulla hacia Manizales, por lo que salieron del Corregimiento de Arboleda a las 13:30 horas por la vía que de dicho corregimiento conduce al municipio de Pensilvania (zona rural) siendo emboscados por aproximadamente ciento cincuenta (150) subversivos pertenecientes al IX frente de Las FARC.

Algunos uniformados se atrincheraron a la orilla de la carretera, otros con el Comandante de la Patrulla, alcanzaron a subir hacia la montaña desde donde solicitaron apoyo, el cual les fue brindado tan sólo hasta las 7:00 horas del 6 de mayo de 1999, quedando un saldo de cuatro agentes muertos, 5 heridos y uno secuestrado, agente Rubén Darío Pérez Rincón. Este secuestro fue declarado por el Director General de la Policía Nacional mediante resolución No. 03645 del 21 de octubre de 1999.

El señor Rubén Darío Pérez Rincón estuvo en cautiverio durante dos (2) años, un (1) mes y doce (12) días comprendidos entre el 5 de mayo de 1999 y el 12 de junio de 2001; tiempo durante el cual estuvo en condiciones alimentarias y sanitarias infrahumanas, con una situación de salud física y mental deplorable, padeciendo toda clase de vejámenes por parte de sus captores, como golpes, castigos, humillaciones y torturas.

El secuestro del señor PÉREZ RINCÓN, llevó a su esposa, madre, hijos y hermanos a vivir momentos de total angustia, desespero y desazón. En principio, al desconocer cuál era su verdadero paradero, si éste se encontraba o no vivo. Y posteriormente cuando se enteraron que estaba secuestrado, al desconocer en qué condiciones reales se encontraba, con la zozobra de no saber si iba a soportar el secuestro, con el desasosiego de no saber si iba a ser liberado o si sería asesinado por sus captores.

La familia del señor RUBÉN DARÍO PÉREZ RINCÓN, totalmente afligida y abatida por el secuestro de su familiar; empezó a buscar la mediación para su liberación, a través de diferentes instituciones del Estado. Finalmente, el 17 de junio de 2001, el Agente de Policía Rubén Darío Pérez Rincón fue liberado por la Comisión Internacional de la Cruz Roja -CICR y el Alto Comisionado para la Paz.

Después del secuestro, tanto el señor Rubén Darío Pérez Rincón como su esposa, madre, hijos y hermanos, tuvieron que padecer las secuelas que les dejó el hecho de que estuviera en cautiverio por más de dos años, a él en forma directa y a la familia que lo vio completamente perturbado, sin poder dormir, con pánico constante, acudiendo permanentemente a varios psiquiatras, siendo medicado de forma permanente y hospitalizado en la Clínica San Juan de Dios en dos oportunidades para tratar sus fuertes trastornos.

Mediante Resolución No. 02391 del 3 de julio de 2001, el Director General de la Policía Nacional, derogó el acto administrativo por medio de la cual se había declarado secuestrado al Agente de la Policía Rubén Darío Pérez Rincón y a través de la Resolución No. 2013-55775 del 31 de enero de 2013, se le incluyó en el Registro Único de Víctimas -RUV- y se reconoció el hecho victimizante de secuestro, conforme a lo preceptuado en la Ley 1448 de 2011 y el Decreto 4800 de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Ley 1448 de 2011
Decreto 4800 de 2011
Artículo 164 del CPACA
Art. 93 de la C. Política

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad accionada, se opuso a las pretensiones invocando la excepción previa de caducidad, la cual fue analizada en la audiencia del 180 del CPACA y en la que se mencionó que sería decidido en el fondo del asunto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Parte demandante:

Se pronunció sobre la solicitud de caducidad invocada por la parte accionada, precisando que se deben cumplir 3 eventos para ello y es el conocimiento del hecho dañoso, contar con elementos que le permitan a la parte deducir la participación del Estado en el hecho dañoso y tener la posibilidad de advertir la responsabilidad del Estado en lo ocurrido o que a este le era imputable el daño causado, debiendo ser valorado de forma especial el presente caso ya que los hechos acontecidos imposibilitan a los demandantes inferir fácilmente una responsabilidad del Estado colombiano o que a éste le era imputable el daño causado y fue tan solo hasta que el apoderado contactó al demandante principal que comprendieron que podría existir responsabilidad por parte del Estado, lo cual ocurrió a partir del momento en el que confirieron poder, esto es, el 16 de diciembre de 2015.

Resaltó también la responsabilidad de la Policía Nacional en el presente caso al haber actuado de forma negligente e indiferente y dejar en estado de indefensión al grupo de uniformados del cual hacía parte el señor PÉREZ RINCÓN, por no haber adoptado las medidas de prevención y seguridad necesarias para ordenar el traslado de una patrulla por una zona de alta peligrosidad ni haber dispuesto un número adecuado de agentes para atender las graves alteraciones del orden público presentadas en esa zona del país y el traslado de los policiales. Amén que no prestó ayuda en forma oportuna cuando fueron atacados por los subversivos de las Farc.

Parte demandada:

Insistió en la caducidad de la acción en tanto el secuestro del señor Agente RUBÉN DARÍO PÉREZ RINCÓN ocurrió el 5 de mayo de 1999 prorrogándose hasta el 29 de julio de 2003 y la presente acción no se interpuso dentro del primer bienio de su liberación. Agregó también que no se trató de un hecho de lesa humanidad en tanto no intervino ningún integrante del Estado, ni

por ayuda, coparticipación o complicidad.

CONSIDERACIONES

FONDO DEL ASUNTO:

Pretende la parte demandante, a través del presente medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA**, que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL- por los perjuicios causados con el secuestro del que fuera víctima el señor RUBÉN DARÍO PÉREZ RINCÓN mientras se encontraba prestando sus servicios como Agente de la Policía del Departamento de Caldas.

4

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Le asiste responsabilidad a la Nación –Ministerio de Defensa– Policía Nacional, por el secuestro del que fuera víctima el señor Rubén Darío Pérez Rincón en hechos ocurridos el 5 de mayo de 1999 en el Corregimiento de Arboleda, Caldas, mientras prestaba sus servicios como Agente adscrito a la Patrulla “Orión Uno” del Departamento de Caldas?.

CUESTIÓN PREVIA:

Desde la contestación de la demanda se ha venido insistiendo por la entidad demandada en que ha operado en el presente caso la caducidad, la cual según se planteó en la audiencia inicial, sería resuelta en la presente sentencia, una vez se contara con pruebas y condiciones fácticas concretas que permitieran definir su cómputo.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado ha precisado sobre el tema:

De vieja data ha existido una similitud entre las reglas de caducidad de la reparación directa con la imprescriptibilidad penal. Frente al particular, el Consejo de Estado definió mediante sentencia de unificación¹, lo siguiente:

“...La imprescriptibilidad impide que el término para ejercer la acción penal se compute mientras no se individualice y se vincule al proceso al implicado –presupuesto de identificación del eventual responsable–, regla que tiene un alcance similar a la que rige en materia de caducidad de la pretensión de reparación directa, como se explicará a continuación.

En efecto, en materia de reparación directa el término de caducidad no corre hasta tanto se cuente con elementos para deducir la participación del Estado en los hechos y se advierta la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, lo que quiere decir que, cuando se presenten tales circunstancias, no existe justificación para que la situación quede indefinida en el tiempo y, por ende, a partir de allí resulta procedente el cómputo del término establecido

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P Marta Nubia Velásquez Rico, Radicado: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033) del 29 de enero de 2020.

por el legislador, tal como ocurre en materia penal cuando sea individualizado y vinculado el eventual responsable.

En suma, en lo penal, la acción no prescribe si no se identifica la persona que se debe procesar por el respectivo delito y, en lo contencioso administrativo, el término de caducidad de la reparación directa no es exigible sino cuando el afectado advierte que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y le resulta imputable el daño, tal como se aprecia a continuación:

| | |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">REPARACIÓN DIRECTA: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR UN DELITO DE LESA HUMANIDAD O UN CRÍMEN DE GUERRA</p> | <p style="text-align: center;">ACCIÓN PENAL: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE LA PERSONA NATURAL IMPLICADA EN UN DELITO DE LESA HUMANIDAD O EN UN CRÍMEN DE GUERRA</p> |
| <p><i>El término de caducidad de la reparación directa inicia a partir del conocimiento o de la posibilidad de conocer las situaciones que permitan deducir que el Estado estuvo involucrado.</i></p> | <p><i>El desconocimiento de la identidad de los sujetos implicados en el supuesto delito torna en imprescriptible el asunto, hasta tanto se logre la respectiva individualización y vinculación</i></p> |

En conclusión, en nuestro ordenamiento, frente a la caducidad de la pretensión de reparación directa, se encuentra consagrado un supuesto que aplica a todos los eventos, incluidos aquellos en los que se invocan delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, relacionado con el conocimiento de las situaciones que permiten deducir la participación y responsabilidad del Estado, como supuesto habilitante para exigir el plazo para demandar, regla que fue analizada en el numeral 3.1. de la parte considerativa de esta providencia.

Así las cosas, la Sección Tercera concluye que las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encuentran previstas en materia de lo contencioso administrativo al amparo de la hipótesis del conocimiento del hecho dañoso y en virtud de lo cual el término de caducidad sí debe exigirse en estos eventos, pero a partir de que se advierta que el interesado sabía o tenía la posibilidad de advertir que el Estado tuvo alguna injerencia en la controversia y era susceptible de ser demandado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política...”

En la providencia en cita, también se analizó la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH en asuntos similares, por resultar vinculantes en tanto interpretaron normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, concluyó que en dichos fallos se analizaron situaciones Chilenas, país que a diferencia de Colombia, no prevé la posibilidad de contar el plazo pertinente a partir del conocimiento de la participación del Estado, que en esencia configura una de las reglas y efectos de la imprescriptibilidad en materia penal, por lo que al contarse con una norma expresa como lo es el CPACA, dicha providencia no resulta vinculante.

Para resolver dicho medio exceptivo en esta oportunidad procesal, vale la pena resaltar que las pruebas debatidas en audiencia del 181 del CPACA fueron todas testimoniales y de manera especial hicieron mención a la situación familiar y personal vivida por el señor RUBEN DARIO PÉREZ, sin que se hubiese profundizado o conocido las razones por las que no se interpuso la demanda con anterioridad al momento de su presentación o a partir de qué momento conocieron sobre la participación o responsabilidad del Estado en los hechos objeto de demanda.

Pues bien, en la mencionada decisión de unificación a la que se ha venido haciendo referencia se define que, las normas de caducidad pueden ser inaplicadas sí y solo sí en aquellos eventos en los que se advierta que los afectados no estaban en posibilidad material de ejercer el derecho de acción, es decir, que se encuentre causal de justificación por razones materiales que impidan que empiece a correr el tiempo de quien no goza del acceso efectivo a la administración de justicia; lo que en sentir de esta operadora jurídica no se configura en el caso bajo análisis, en el siguiente entendido:

- Los hechos cuya indemnización se reclama y de los que fuera víctima el señor RUBÉN DARIO PÉREZ ocurrieron el 3 de mayo de 1999 y su liberación sucedió el pasado 17 de junio de 2001.

- La parte accionante también invocó que se trata de un caso que presume la trasgresión de derechos humanos en el que no es posible aplicar la caducidad, haciendo especial énfasis en lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1448 de 2011, norma bajo la cual se declaró como víctima al señor RUBEN DARIO PÉREZ a partir del 31 de enero de 2013. Adicional a ello, se afirmó que, los accionantes solo conocieron la situación a partir del momento en el que fueron contactados por el apoderado judicial para la interposición de este medio de control.

- Se allegó la Resolución No. 2013-55775 del 31 de enero de 2013 mediante la cual el demandante fue incluido en el Registro Único de Víctimas -RUV- de conformidad con la ley 1448 de 2011 y el Decreto 4800/11.

Significa entonces lo anterior que si bien con anterioridad al reconocimiento de la calidad de víctima del señor RUBÉN DARIO PÉREZ en el Registro Único de víctimas, los accionantes pudieron no tener conocimiento del hecho y la posibilidad de demandar al Estado en el ejercicio de acción de reparación directa a partir de allí si era posible tal entendimiento pues ya contaban con elementos de juicio para deducir que eran víctimas de un hecho en el que podría el Estado tener algún tipo de responsabilidad, término que contado a partir del momento de la notificación del acto administrativo expedido por la UARIV, 17 de mayo de 2013.

De este modo, el término para demandar en ejercicio de la acción de reparación directa empezó a correr el 17 de mayo de 2013 y expiró el 17 de mayo de 2015 -Archivo 01C1Flsa102. Nótese cómo la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada hasta el 16 de diciembre de dicha calenda y la presente demanda se interpuso el 17 de junio de 2016; por lo que no es posible para el Despacho predicar que no ha operado la caducidad, ello de conformidad con las reglas fijadas por el Órgano de cierre en materia contencioso administrativa, así:

“...Así las cosas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se unificará en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta exigible el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.

Finalmente, se precisa que el término de caducidad para solicitar al Estado la indemnización de un daño es inaplicable en aquellos eventos en los que se adviertan circunstancias que hubiesen impedido, desde el punto de vista material, el ejercicio del derecho de acción, lo que puede ocurrir frente a los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra o cualquier otro asunto en el que se pueda demandar la responsabilidad patrimonial Estado, pues para tales efectos no resulta determinante la situación causante del daño, sino la condición particular de quien acude a la administración de justicia.”

Así las cosas, se declarará probada la excepción caducidad propuesta por la parte accionada, lo que lleva al archivo de las actuaciones.

COSTAS

El Despacho no condenará en costas en esta oportunidad, teniendo en cuenta que para el momento de la admisión de la demanda, se deban reglas jurisprudenciales diferentes en la aplicación de la caducidad, las cuales fueron definidas a través de sentencia de unificación del Consejo de Estado que fuera proferida por la Alta Corporación durante el presente trámite procesal.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de caducidad dentro del proceso que a través del medio de control de REPARACION DIRECTA interpusieron los señores RUBEN DARIO PEREZ RINCON Y OTROS, en contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL.

SEGUNDO: SIN COSTAS por lo considerado.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere.

CUARTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI, una vez **EJECUTORIADA** esta providencia.

8

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Maria Isabel Grisales Gomez', written in a cursive style.

MARIA ISABEL GRISALES GOMEZ
Juez