

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: MARÍA MARLÉN HERNÁNDEZ DE GUZMÁN
DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00198 00.
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- DEMANDA (fl. 2-9):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, la señora **MARÍA MARLÉN HERNÁNDEZ DE GUZMÁN**, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones No. AMB 03218 del 4 de febrero de 2008, RDP 004248 del 7 de febrero de 2017, RDP 014245 del 4 de abril de 2017 y RDP 019317 del 11 de mayo de 2017, mediante las cuales se le reconoció y reliquidó su pensión de vejez y se resolvieron los recursos interpuestos en sede administrativa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene la reliquidación de su pensión con la inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios. De igual manera, solicita el ajuste de la condena conforme al IPC, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 y que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.1.- Normas violadas y concepto de violación:

Sostiene que los actos acusados vulneran las garantías contenidas en el artículo 53 de la Constitución Política, así como las Leyes 33 y 62 de 1985 y 100 de 1993, entre otras.

Argumenta la demandante que se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, su pensión debió liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios conforme a las disposiciones de las Leyes 33 y 62 de 1985 y no sobre el promedio de los últimos diez años ni con los factores consignados en el Decreto 1158 de 1994 como lo efectuó la demandada en contravía de lo dispuesto en sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

2.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA DEMANDADA (fl. 79-107):

Se opone a las pretensiones de la demanda señalando que si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que adquirió el estatus en vigencia de dicha norma, resulta aplicable la normatividad anterior tan solo en lo que refiere a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Es decir que el emolumento se debe liquidar sobre los últimos diez (10) años de prestación de servicios conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y con los factores señalados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y en las Leyes 33 y 62 de 1985, siendo improcedente incluir factores que no fueron objeto de cotización. Refiere a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013 y solicita se aplique la sentencia SU-230 de 2017 al caso concreto.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el pasado 14 de agosto (fl. 180 vuelto), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP (fl. 183-213):

Reiteró la argumentación contenida en la contestación de demanda, resaltando que siguiendo lo dispuesto tanto en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 como por la Corte Constitucional en sentencias que C-634 y C-816 de 2011, debe darse aplicación preferente a la jurisprudencia constitucional contenida en providencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y especialmente en la sentencia SU-395 de 2017 para destacar que el IBL aplicable a las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, debe corresponder al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios tal y como fue aplicado en los actos acusados.

3.2.- Parte demandante (fl. 214-218):

La parte actora se ratificó en los argumentos de la demanda y resaltó que al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión debe liquidarse aplicando las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señaló que los planteamientos recientes emitidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá y las posturas contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional, especialmente la C-258 de 2013 y SU-395 de 2017 no pueden aplicarse a su caso en razón a que éstas últimas sentencias se profirieron desde el año 2013 y el estatus pensional fue adquirido el 17 de abril de 2006 *"por lo que no puede aplicarse en forma retroactiva dicha providencia"*.

Sostiene también que de acuerdo con lo previsto en el artículo 241 de la norma constitucional y en la Ley 270 de 1996 (art. 45 y 48) las sentencias de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro salvo que la misma providencia señale lo contrario y que en el caso de la sentencia C-258 de 2013 ésta no dispuso su aplicación retroactiva. En cuanto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 expresó que tampoco resultan aplicables a su situación por cuanto según la Ley 270 ibídem, las providencias de tutela sólo tienen carácter obligatorio para las partes y su motivación sirve como criterio auxiliar para la actividad judicial. Por lo tanto, las citadas sentencias no pueden servir de precedente para resolver situaciones consolidadas con anterioridad a su promulgación, para lo cual cita providencias emitidas por el Consejo de Estado donde se expresa que la jurisprudencia aplicable a los casos concretos es la emitida al momento de causación del respectivo derecho.

El **Ministerio Público** no allegó concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como se advirtió en la fijación del litigio, corresponde al Despacho efectuar el análisis de legalidad de las Resoluciones No. AMB 03218 del 4 de febrero de 2008, RDP 004248 del 7 de febrero de 2017, RDP 014245 del 4 de abril de 2017 y RDP 019317 del 11 de mayo de 2017 y consecuentemente, determinar si la demandante MARÍA MARLÉN HERNÁNDEZ DE GUZMÁN es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y si tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Para tales efectos, se hará alusión a la aplicación y alcance de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, entre otras invocadas por la demandada; así como a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado

respecto de la interpretación y aplicación del régimen de transición invocado en el libelo introductorio.

A efectos de dilucidar el problema jurídico, el Despacho avizora que en virtud de los **recientes pronunciamientos jurisprudenciales** emanados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se cambiará la postura hasta ahora sostenida en casos de similares supuestos fácticos y jurídicos. Por lo cual, se abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

2.1.- Tesis del Despacho en casos análogos.

Frente al objeto de la controversia, esto es, el ingreso base de liquidación – IBL- que debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en anteriores pronunciamientos este Estrado Judicial venía sosteniendo que a dichos sujetos les era aplicable el régimen pensional al que se encontraban afiliados con anterioridad a la expedición de dicha norma. Es decir, que para el caso de los servidores públicos, las normas anteriores aplicables eran las Leyes 33 y 62 de 1985 en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto pensional.

Si bien los fondos pensionales argumentaban con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ que **el IBL no fue un aspecto sometido a transición**; el Despacho en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado² -órgano vértice de ésta Jurisdicción-, sostenía que la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al “**monto**” del régimen anterior a ésta, **comprendía tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquida la prestación** y en cuanto a los factores base de liquidación seguía la posición contenida en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, sin que se impidiera la inclusión de otros emolumentos que no hubieran sido objeto de aportes para pensión, devengados habitual y periódicamente durante el último año de servicios.

Ahora, en lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 este Despacho se abstenía de aplicar las mismas en casos como el presente, como quiera que en la primera de ellas se refirió la Corte a un régimen especial y distinto como lo es el contenido en la Ley 4ª de 1992 y las restantes eran sentencias de tutela con efectos inter partes que no tenían

¹ Especialmente Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

² Consejo de Estado. Sección Segunda: Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Exp. 470/99. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. - Sentencia del 9 de julio 2009. C.P. Dra Bertha Lucía Ramírez. Exp: 0208-2007.- Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado. Exp: 0112-2009. - Sentencia del 09 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortes.

fuerza vinculante y que además, la sentencia SU-427 hacía alusión a los casos de abuso del derecho³, lo que no se presentaba en los conflictos analizados en su momento.

2.2.- Tesis reciente expuesta por la Corte Constitucional.

Tal como se señaló en precedencia, el Despacho se había abstenido de dar aplicación a los pronunciamientos del Máximo Tribunal Constitucional justificando las razones por las cuales se apartaba de las interpretaciones contenidas en sentencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016. Sin embargo, en reciente sentencia **SU-395 de 2017**, dicho órgano analizó si providencias judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si en virtud de éste debe aplicarse el concepto de "monto pensional" establecido en la legislación anterior y zanjó las discusiones presentadas en torno al IBL aplicable a los beneficiarios de tal régimen, concluyendo que **el IBL que cobija dichas situaciones pensionales es el contenido en artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 ibídem, que corresponde al promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez años de servicios; que las razones de la decisión allí contenidas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades judiciales y que su desconocimiento se configura en causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**, por ser la Corte Constitucional el Máximo intérprete autorizado de la norma constitucional y de las normas que refieren a la aplicación de derechos fundamentales; sin importar que se trate de sentencias proferidas en sede de control concreto o de control abstracto de constitucionalidad.

Sobre el punto, luego de citar el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ expresó la Corte que dicho precepto:

"(...) permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el

3 Siguiendo las subreglas esbozadas en jurisprudencia del Consejo de Estado: Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortés. - Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Rad.: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández. - Sección Quinta. Sentencia de Tutela. 23 de marzo de 2017. Rad.: 11001031500020160336601. C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994⁵), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

- (i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
- (ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*
- (iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.*

*De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos⁶, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) **el monto de la pensión de vejez⁷.**"*
(Negrita fuera de texto)

Establecido lo anterior, señaló la Corte que las discusiones suscitadas y la disparidad de interpretaciones a nivel doctrinario y jurisprudencial se han presentado en lo que refiere al **"monto pensional"** y a la acepción que de dicho concepto se ha tenido a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen transicional aquí estudiado. Al respecto, explicó:

*"8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y **si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas***

⁵ Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

⁶ Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. Cfr. Sentencia SU-130 de 2013.

⁷ Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1° de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4° de dicha disposición determinó que "[e]l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen." (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5° del mismo artículo estableció que, "[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida". (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

*Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁸, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, **inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión¹⁰. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios¹¹.***

*Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, **los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación,** motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.*

*(...) 8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación¹².**" (Negrita y subraya fuera de texto)*

8 M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

9 Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

10 Ídem.

11 Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

12 Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

En suma, a través de la sentencia en cita el Tribunal Constitucional se refirió en concreto frente al IBL aplicable a las pensiones adquiridas con ocasión del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando como regla interpretativa conforme a los principios de solidaridad y equidad, así como para evitar la configuración de abuso del derecho y fraude al sistema pensional, que el IBL aplicable en tales casos no es otro que el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de prestación de servicios.

Como se señaló *ut supra*, los anteriores planteamientos han sido acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ en distintas providencias, en una de ellas – Exp.: 2016 00015 01- se señaló:

"Vale la pena precisar que con fundamento en la sentencia SU-395 de 2017 proferida por el órgano de cierre constitucional la Sala Plena de esta Corporación ha modificado la posición jurídica bajo la cual venía atendiendo el precedente del H. Consejo de Estado, y en su lugar adopta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en el sentido de precisar que el Régimen de Transición conlleva la aplicación del monto, edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, por lo que deben aplicarse las disposiciones de la Ley 100 para las demás condiciones y requisitos establecidos para el acceso a la pensión de jubilación, esto es, el periodo de tiempo y los factores computables para la determinación del IBL."

2.3.- Tesis unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Si bien el órgano vértice de ésta jurisdicción – través de la Sección Segunda y vía acción de tutela en algunas de las demás secciones- venía dando aplicación a la ya citada sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y reiteraba que el IBL sí fue un aspecto objeto del régimen de transición como quiera que dicho aspecto se encontraba contenido dentro del concepto de "monto" a que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que los beneficiarios del régimen tenían derecho a la liquidación de su pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores que constituyan salario devengados durante el último año de prestación de servicios; lo cierto es que en **sentencia del 28 de agosto de 2018**¹⁴ la **Sala Plena** de la Corporación unificó el criterio de interpretación en cuanto a la controversia señalada.

En efecto, la Corporación estudió si conforme al pluricitado régimen de transición el **periodo de liquidación del IBL** corresponde al último año de servicios, ó a los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta al trabajador para adquirir su derecho. Así mismo, se analizó si los **factores**

13 Entre otras: Sentencia del 2 de febrero de 2018. Exp: 150013333012201600087-01. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas. - Sentencia del 23 de febrero de 2018. Exp: 150013333004201600018-01. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez. - Sentencia del 14 de agosto de 2018. Exp: 157593333001201600015-01. M.P. Dr. José Ascensión Fernández. - Sentencia del 15 de agosto de 2018. Exp: 150012333000201600288-01. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados. - Sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp: 150013333001201500046-01. M.P. Dr. Fabio Iván Afanador.

14 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018. Exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés.

para establecer el IBL deben ser todos los que constituyan salario o los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional. Puntos sobre los cuales, luego de hacer referencia a la disparidad de criterios interpretativos y a los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, fijó las siguientes reglas interpretativas:

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

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

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

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

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

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. (...)

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

como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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

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

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

En suma, es evidente que siguiendo, en términos generales, la posición sentada por la Corte Constitucional, en la citada sentencia de unificación advierte el Consejo de Estado que el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, **ya no es el**

correspondiente al del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, sino que deben observarse las siguientes situaciones: **i)** si al trabajador le hiciera falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, el IBL será el promedio de dicho periodo o el de todo el tiempo cotizado, escogiendo el que resulte superior; y **ii)** si al trabajador le hiciera falta más de diez (10) años para la consolidación del derecho, el IBL no podrá ser otro que el promedio de los factores **objeto de cotización** durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, pues así lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, resaltó la Sala Plena de la Corporación, que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones *"tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política¹⁵. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**."*

De igual forma, advirtió que la aplicación de las reglas jurisprudenciales allí sentadas tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

2.4.- Conclusiones:

El análisis de las posiciones jurisprudenciales anteriormente descritas permite al Despacho extraer las siguientes conclusiones en aras de establecer premisas para la resolución del caso concreto:

* Es claro que las posiciones sentadas tanto por el Máximo Tribunal Constitucional como por el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de las citadas sentencias de unificación, indican que el IBL que debe ser aplicado a las pensiones de jubilación a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no corresponde al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios con independencia de si aquellos factores fueron objeto de cotización**. Sino que, como lo advierte la Corte Constitucional, aquel equivale al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes para pensión, devengados durante los diez (10) últimos años de prestación de

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

servicios. Tesis asumida también por el Consejo de Estado, pero matizada en los eventos en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 al trabajador le hicieren falta menos de diez (10) años para la consolidación de su derecho; caso en el cual, el IBL será el del periodo de tiempo faltante para la adquisición del derecho pensional.

* Las providencias judiciales de unificación antes señaladas se constituyen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento que debe ser acogido por las autoridades judiciales, pues como lo expuso la Corte en la sentencia SU-395 de 2017:

"(...) es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

*Habiendo quedado sentado todo lo anterior, no cabe duda de que **la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, adquiere carácter vinculante para todos los casos que comportan identidad de supuestos fácticos y/o normativos**, por lo que su desconocimiento constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (...).*

*(...)Por esta razón, **la interpretación y alcance que se le otorgue a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones.**"*

También expuso el Consejo de Estado, que las reglas y subreglas expuestas en la sentencia de unificación del **28 de agosto** hogaño son de obligatoria observancia por parte de las autoridades judiciales y administrativas **-incluso de forma retroactiva- para la solución de los casos pendientes de decisión.**

* Tal y como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Sin embargo, en el estudio de exequibilidad de dicha disposición advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 que ello será así, en el entendido de que se aplicarán *"de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia"*.

* En atención a la fuerza vinculante del precedente instituido por la Doctrina Constitucional y en la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación **SU-395 de 2017**, así como en observancia del precedente administrativo ahora instituido en la también sentencia de unificación calendada del **28 de agosto de 2018** emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se fundamenta el cambio de postura anunciado por el Despacho y se dirá que los criterios plasmados en las sentencias judiciales de unificación antes citadas, serán tenidos en cuenta para la solución de los litigios de similares contornos que se encuentren pendientes de decisión y que deban ser decididos a partir de la fecha.

Valga recordar que como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2013: *"ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o **si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia. / En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.**"* (Negrita fuera de texto)

3.- DEL CASO CONCRETO:

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- La demandante nació el **17 de agosto de 1951** (fl. 26)
- Prestó servicios de forma ininterrumpida desde el **1º de julio de 1979** hasta el **31 de julio de 2016** (fl. 27,29).

Lo anterior permite verificar que:

- A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- la demandante tenía aproximadamente 42 años de edad.
- A la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había realizado cotizaciones por más de 750 semanas como se verifica en los actos acusados y en los Certificados de Información Laboral y de Salarios mes a mes formatos vistos a folios 157-178. Por ende, como lo reconoce la demandada en los actos demandados y en el escrito de contestación, la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición allí previsto.

- En consecuencia, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez (10) años para la consolidación de su derecho pensional en los términos de la Ley 33 de 1985; según la cual, el requisito de **edad** es 55 años, el de **tiempo de servicios** de 20 años y **monto** equivalente al 75%.

Así las cosas, al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que el IBL aplicable a su pensión de jubilación es el equivalente al 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios actualizados anualmente según variación del IPC y conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

Si bien en el escrito de alegatos se hace énfasis que resulta inviable la aplicación retroactiva de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 por haber sido proferidas con anterioridad a la consolidación del derecho pensional, debe señalarse que el Máximo Órgano de ésta jurisdicción en la citada sentencia de unificación del pasado **28 de agosto** fue claro en señalar que la tesis allí sentada aplicaba de forma retrospectiva y destacó que **"(...) las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables."** Luego, en observancia de dicho precedente, la situación de la demandante habrá de resolverse de conformidad con lo allí dispuesto.

Verificado el contenido de los actos acusados, esto es las Resoluciones No. AMB 03218 del 4 de febrero de 2008, RDP 004248 del 7 de febrero de 2017, RDP 014245 del 4 de abril de 2017 y RDP 019317 del 11 de mayo de 2017 se corrobora que **la entidad accionada tuvo en cuenta dentro del IBL el promedio de los factores salariales cotizados durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, indicados en el Decreto 1158 de 1994**, que corresponden con los Certificados allegados por el empleador (fl. 134-139) y con los Certificados de Salarios mes a mes – Formato No. 3(B) (fl. 165-167)¹⁶, donde se señala cuáles de los factores devengados fueron objeto de cotización durante los últimos diez (10) años de servicios prestados por la demandante.

Así las cosas, se tiene que la liquidación pensional realizada por la entidad demandada en los actos acusados se encuentra conforme a derecho y a los parámetros jurisprudenciales reseñados, al haber aplicado por principio de favorabilidad una tasa de reemplazo (79.15%) mayor a la que tendría

¹⁶ Decretados de oficio en audiencia inicial

derecho la accionante en aplicación del régimen de transición invocado (75%). En consecuencia, es dable concluir que la demandante, aun cuando sea beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada teniendo en cuenta dentro del IBL el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, con independencia de que no hubieran sido objeto de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social. Razón por la cual, corresponde entonces negar las pretensiones de la demanda.

4. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, si bien corresponde imponer condena en contra de la parte vencida, no pasa por alto el Despacho que atendiendo a criterios jurisprudenciales vigentes al momento de interponer la demanda, las pretensiones del libelo introductorio tenían cierta vocación de prosperidad y que la decisión de la litis obedece a sentencias posteriores y al cambio jurisprudencial reseñado con antelación. Por lo cual, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante según lo antes expuesto.

TERCERO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO	
TUNJA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO	
No. 063	DE HOY 28/09/2018
SECRETARIO(A)	

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE : JOESES MID LORENA MARIN MORENO
DEMANDADO : MUNICIPIO DE QUÍPAMA
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 2017 00025 - 00
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda y tesis de la demandante (fl. 1-20, 230 y vto.):

La ciudadana JOESES MID LORENA MARIN MORENO, a través de apoderada judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo a las previsiones del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra el Municipio de Quípama.

Solicitó la demandante la nulidad del Decreto No. 055 del 23 de agosto de 2016, dentro del cual se decreta la supresión del cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 de la planta de personal del Municipio de Quípama, del Decreto No. 058 del 25 de agosto de 2016, por medio del cual se da por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 y de la Resolución No. 451 de fecha 21 de septiembre de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición confirmando la decisión antes mencionada.

A título de restablecimiento del derecho, pidió **i)** se ordene su reintegro al cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07, o a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando en la planta de personal del Municipio de Quípama, declarando que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, entre el momento del retiro y el reintegro efectivo; **ii)** se condene al reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos de ley dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha en que

sea efectivamente reintegrada; **iii)** además se condene al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador, así como a los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social y parafiscales derivados del restablecimiento, desde la fecha de su retiro hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada; **iv)** se cancele por perjuicios morales la suma de 100 SMLMV; y **v)** se pague por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de \$2.000.000.

Finalmente, pide que las sumas a reconocer sean indexadas, que se paguen intereses de mora, que se ordene dar cumplimiento del fallo en los términos 192 del CPACA y se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Sumado a lo anterior, argumentó que **i)** la decisión de supresión y desvinculación del cargo en provisionalidad resulta ser ilegal, irregular y arbitraria, ya que no se tuvieron en cuenta los postulados de interés general, de la función pública, de la función administrativa, del buen servicio público, ni tampoco lo normado en la Ley 909 de 2004, sino que se fundamentaron en una falsa motivación y desviación de poder; **ii)** el Decreto No. 058 de 2016 por medio del cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad, está viciado de nulidad por falta de motivación ya que no se le dieron a conocer las razones por las cuales se prescindió de sus servicios, ni tampoco se motivó en debida forma como lo exige la ley, vulnerándose así su derecho al debido proceso y a la defensa; aduce que también está viciado de falsa motivación, toda vez que no existe una motivación real, ya que se fundamenta en un estudio técnico de reestructuración que no obedece a la realidad del cargo y además vulnera lo exigido normativamente, ya que denota la voluntad del Alcalde de suprimir un cargo necesario e indispensable para la Administración Municipal de Quípama; **iii)** se presenta una vulneración directa a las normas y preceptos que dirigen una actuación de un órgano estatal, ya que con el contrato de prestación de servicios asistenciales No. 05 del 18 de febrero de 2016, suscrito con la señora Claudia Lorena Beltrán Jiménez para prestar servicio asistencial de apoyo a la gestión para realizar la actividad de auxiliar en la Secretaría de Hacienda de Quípama, se ve la necesidad de una auxiliar administrativa de planta en la citada Secretaría, que cumpla con las funciones señaladas para el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 que fue suprimido.

Añadió que el retiro del servicio le generó afectaciones psicológicas constitutivas de daños morales y afectación a bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial como la integridad personal, la honra, el buen nombre, la dignidad humana; así mismo le ocasionó perjuicios

materiales en la modalidad de daño emergente toda vez que ha tenido que adquirir obligaciones dinerarias para su sustento, tales como gasto de arriendo y manutención con la señora Luz Mary Martínez Parra, contenida en la letra de cambio, por valor de \$2.000.000.

2. Contestación y tesis de la entidad demandada (fl. 95-118, 230 vto. y 231):

La entidad demandada compareció al proceso mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda, al considerar que **i)** la demandante ejercía un empleo en provisionalidad, en la medida en que no accedió al mismo por concurso o selección por méritos, sino que su nombramiento obedeció a la discrecionalidad del representante legal de la entidad, por tanto, no se encontraba amparada por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo por los derechos de carrera administrativa, y podía ser declarada insubsistente en cualquier momento; **ii)** por problemas de eficiencia institucional, la entidad territorial elaboró un estudio técnico de rediseño institucional, según lo preceptuado en los artículos 46 de la Ley 909 de 2004, y 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, para efectos de modificar la planta de personal, para lo cual contó además con la respectiva autorización del Concejo Municipal y con el certificado de viabilidad presupuestal; **iii)** el proceso de reforma organizacional de la entidad se motivó en necesidades del servicio y en razón a la modernización de la administración con justificaciones y estudios técnicos, con el fin de lograr consolidar una planta de personal idónea, profesionalizada, lógica, por lo que considera que no se configura la falsa motivación alegada; **iv)** que previo a la reestructuración se tuvo en cuenta la situación y el retén social de los empleados del municipio para lo cual se analizaron los documentos aportados en las carpetas de las hojas de vida de todos y cada uno de los empleados de la entidad; **v)** que la supresión del cargo se ajustó al proceder de la entidad, como quiera que la única finalidad de la reorganización fue el mejoramiento del servicio y la modernización también de la Secretaría de Hacienda con la creación de un cargo de tesorero municipal ocupado por un profesional, por lo que aclara que la contratación efectuada con la señora Claudia Lorena Beltrán Jiménez como apoyo a la Secretaría de Hacienda, solo tuvo lugar en el año 2016, ya que para el año 2017 no hubo la necesidad de contratarla por contar con la presencia del tesorero municipal.

3. Alegatos de conclusión:

En el término de traslado para alegar (fl. 658-659), el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.-Parte demandante (fl. 668-679): Reiteró lo manifestado en la demanda, y resaltó que los actos demandados están viciados de nulidad como quiera que existe desviación de poder y falsa motivación por lo siguiente: *i).* se justifica la terminación del cargo bajo el argumento de que el municipio no fue certificado por la Contraloría General de la República debido a unas deficiencias y baja calidad en los informes producidos por la Secretaría de Hacienda que dieron lugar a plantear una nueva estructura, falencias que no pueden atribuirse a la actividad desempeñada por una auxiliar administrativa, quien no fue capacitada para dicha labor a quien tampoco se le hicieron llamados de atención por ninguna de sus actividades y además no tiene procesos disciplinarios en su contra; *ii).* no existe autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública para la modificación de la planta de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva; *iii).* la decisión de supresión y posterior retiro del servicio fueron expedidas de forma irregular por violación a las normas constitucionales, legales y al debido proceso, sin fundamento alguno, sin un estudio técnico real y de forma intempestiva, así mismo sin un debido análisis de cargas de trabajo, estadísticas, tiempo y actividades diarias, entrevistas, como el hecho de que el cargo era del nivel asistencial respecto del cual su naturaleza de creación no era exclusiva de la Secretaría de Hacienda sino de cualquier dependencia de la Alcaldía, resultando necesario e indispensable; *iv).* se suscribe un contrato de prestación de servicios sin que el alcalde tenga facultades para ello, esto es, sin la autorización del Concejo Municipal para proceder a dicho rediseño institucional.

3.2.-Entidad demandada (fl. 662-667): Replicó lo manifestado en la contestación de la demanda, e insistió que el rediseño institucional partió de la elaboración de un estudio técnico realizado con fundamento en lo previsto en los artículos 46 de la Ley 909 de 2004 y 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005 para efectos de modificar su planta de personal, contó con el certificado de disponibilidad presupuestal y se basó en la aplicación de las guías metodológicas por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Refirió que no se configura falsa motivación en razón a que la supresión del cargo de auxiliar administrativo tuvo como finalidad el mejoramiento del servicio y una modernización de la entidad, ya que la Secretaría de Hacienda se modernizó con la creación del cargo de tesorero municipal.

II. CONSIDERACIONES:

1.- Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial (fl. 231 vto.), corresponde al Despacho el estudio de legalidad de los **Decretos Nos. 055 del 23 de agosto de 2016, 058 del 25 de agosto de 2016 y la Resolución No. 451 de fecha 21 de septiembre de 2016** proferidos por el Alcalde Municipal de Quípama, a la luz de los cargos de nulidad propuestos por la parte demandante y que ya fueron reseñados en la tesis de las partes. Luego y en caso, de que prospere la nulidad alegada se deberá determinar si a JOESEMID LORENA MARIN MORENO le asiste el derecho a ser reintegrada a un cargo igual o superior categoría, al reconocimiento sin solución de continuidad de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir con la supresión del cargo, como el pago de perjuicios morales y materiales en la modalidad de daño emergente.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2.- Marco jurídico:

2.1.- De las formas de vinculación de los funcionarios al servicio de las entidades públicas.

2.1.1.- Disposiciones constitucionales. El artículo 122 de la Carta Política, establece:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente." (...)

De lo anterior se colige que no puede existir empleo público sin que con anterioridad se encuentren consagradas sus funciones ya sea en la ley o en el respectivo manual o reglamento que para tal efecto adopte la entidad.

En este mismo orden y dirección, el artículo 125 ibídem establece que por regla general los funcionarios al servicio de las entidades públicas son de carrera, cuyo nombramiento se efectuará a través de concurso de méritos y por lo tanto, gozan de estabilidad laboral relativa¹; como excepción a esta regla se encuentran los cargos de: **i)** elección popular, **ii)** libre nombramiento y remoción, **iii)** trabajadores oficiales y **iv)** los demás que determine la ley.

2.1.2.- Preceptos Normativos:

¹ C-501 de 2005. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

En cumplimiento de las disposiciones constitucionales antes citadas, el Congreso de la República expidió la Ley 443 de 1998², por medio de la cual se reguló el sistema de carrera administrativa, norma que fue derogada por el artículo 58³ de la Ley 909 de 2004⁴. Esta última, estableció en su artículo 1⁰⁵ que quienes presten servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la **función pública**, y los empleos que hacen parte de esta son: **"a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales"**.

2.1.2.1. De la provisión de los empleos de carrera administrativa.

La Ley 909 de 2004 dispone en su artículo 23⁶ que los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, y además establece en su artículo 25 que cuando los titulares de los empleos de carrera se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Posteriormente, la anterior disposición fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1227 de 2005⁷ que dispuso en su artículo 70⁸ el orden en que se efectuaría la provisión definitiva de los

² "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones."

³ "ARTÍCULO 58. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su publicación, deroga la Ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82 y las demás disposiciones que le sean contrarias."

⁴ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

⁵ "ARTÍCULO 10. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública."

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

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

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

⁶ "ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales."

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

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

⁷ "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998."

⁸ "Artículo 70. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.
7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.
7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.
Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

empleos de carrera, y así mismo, en su artículo 9^o se refirió a la provisión de las vacancias temporales de los empleos de carrera en los siguientes términos: *"... carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron."*

Al respecto de los nombramientos provisionales la Corte Constitucional¹⁰ ha indicado que **la provisionalidad "es una forma de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal"**¹¹. *Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo "no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo"*¹². *(Negrilla fuera del texto).*

De igual forma, ha indicado que de los nombramientos provisionales se predica una **estabilidad laboral relativa o intermedia**, como quiera que: *"... tales funcionarios, si bien no tienen las prerrogativas de los empleados de carrera, y no gozan de la estabilidad laboral reforzada que se adquiere solamente superando un concurso de méritos, tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su empleador no tiene tal discrecionalidad para disponer del cargo"*¹³.

Luego se concluye que por regla general los empleos de carrera administrativa serán provistos por el sistema de méritos; no obstante, la Ley 909 de 2004 permite que dichos cargos sean provistos de manera provisional cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera, o por el término que duren las situaciones administrativas que dieron lugar al mismo, situación de la cual se predica una estabilidad laboral relativa para quienes ocupan cargos en provisionalidad.

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

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador."

¹⁰ Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹³ Sentencia SU-054 del 12 de febrero de 2015. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

2.1.2.2. De la motivación de los actos de insubsistencia que dan por terminado los nombramientos en provisionalidad.

La Ley 909 de 2004 en su artículo 41¹⁴ prevé las causales del retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, así mismo, consagra en el parágrafo 2^o¹⁵ de la norma en cita, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y que deberá efectuarse mediante acto motivado.

Por su parte el Decreto 1227 de 2005 en su artículo 10¹⁶, dispuso que los nombramientos en provisionalidad pueden darse por terminados por el nominador antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional pero mediante resolución motivada.

Al respecto del retiro de los servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional¹⁷ ha sido enfática en señalar que tendrá lugar por las siguientes razones: **i)** la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, **ii)** la imposición de sanciones disciplinarias, **iii)** la calificación insatisfactoria, o **iv)** por otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

De igual forma, en cuanto a la motivación que debe sustentar la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad ha reiterado *"... que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si **tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al***

¹⁴ "ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
c) <Literal INEXEQUIBLE>
e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
f) Por invalidez absoluta;
g) Por edad de retiro forzoso;
h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
k) Por orden o decisión judicial;
l) Por supresión del empleo;
m) Por muerte;
n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.
La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

¹⁵ "PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

¹⁶ "Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

¹⁷ Sentencias SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y SU-054 de 2015.

estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.” (Negrilla fuera del texto.)

Así mismo, en relación con la motivación que debe sustentar el acto de retiro, la Corte Constitucional¹⁸ se ha referido al contenido que debe comprender tal motivación haciendo alusión al **“principio de razón suficiente”** para explicar que este implica dejar constancia de **“... las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”**¹⁹. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, **“para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”**²⁰. (Negrilla fuera del texto). Además ha indicado que adicional al deber de motivación se hace necesario que el acto de retiro cumpla con **“ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto”**²¹.

En igual sentido, en lo que tiene que ver con los motivos ha dicho que **“pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa²² o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.”**²³ (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, el Consejo de Estado²⁴ ha señalado: **“Lo primero que debe precisarse en relación con los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ocupan cargos de carrera es que no gozan de las prerrogativas de aquellos que participaron y**

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

²¹ Sentencias SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² CP., Artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

²³ Sentencia SU-054 del 12 de febrero de 2015. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de julio de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00496-01(AC). C.P.: William Hernández Gómez.

*obtuvieron un cargo mediante un concurso de méritos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo - luego de varias tesis- **ha advertido la necesidad de expresar los motivos por los cuales un servidor en provisionalidad es retirado del servicio.***"

Finalmente, al respecto de los motivos que deben fundamentar el acto administrativo de desvinculación de un empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, el Tribunal Administrativo de Boyacá ha señalado en atención a la jurisprudencia antes reseñada, que la fundamentación no deber ser engañosa, fingida o contraria a la situación fáctica y jurídica en la que se encuentre el servidor público sujeto a la insubsistencia, a saber:

*"Lo sucedido no es admisible a la luz de la jurisprudencia emanada por los órganos de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y constitucional, pues además del deber de motivar el acto administrativo de desvinculación de un empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, éste también "debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad dentro de las cuales la Corte ha mencionado las **razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y deberá prestar el funcionario concreto.**" (Resaltado fuera del texto original).*

*Esta fundamentación claro está, **no puede ser engañosa, fingida o contraria a la situación fáctica y jurídica en la que se encuentre el servidor público sujeto a la insubsistencia.**"²⁵*

Luego fuerza concluir, que el acto de retiro del servicio además de cumplir con unas exigencias formales y materiales, debe estar debidamente motivado, esto es, debe explicarse de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindirá de los servicios de una persona nombrada en provisionalidad, razones las cuales se pueden fundar **i)** en la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, **ii)** la imposición de sanciones disciplinarias, **iii)** la calificación insatisfactoria, **iv)** por otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto, o **v)** también por motivos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, pero dichos motivos no pueden resultar ser

²⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 08 de febrero de 2018. Expediente No.15001333300320160006601. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

engañosos, fingidos o contrarios a la situación fáctica y jurídica en la que se encuentre el servidor público sujeto a la insubsistencia.

2.2. De la supresión de empleos de carrera administrativa.

La Ley 909 de 2004 en su artículo 41 prevé en su literal L) la supresión del empleo como una causal de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa.

Al respecto el Consejo de Estado²⁶ ha definido dicha figura "**como la desaparición o reducción de puestos de trabajo en los que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas funciones**" y ha explicado que puede presentarse "*por varias circunstancias, bien por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos o bien por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público para el control del gasto público.*" (Negrilla fuera del texto).

Pues bien, la Ley en mención en su artículo 46²⁷ hace alusión a la reforma de la planta de empleos, la cual fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005²⁸ en su artículo 95 reguló lo concerniente a dicha reforma en los siguientes términos: "**Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.** *Parágrafo. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.*" (Negrilla fuera del texto).

De igual forma, dicha norma respecto de la modificación de una planta de empleos, consignó en su artículo 96 que la misma debía **fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos** con ocasión, entre otras causas, de: fusión,

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 07 de marzo de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00079-01(1454-11). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁷ "ARTÍCULO 46. REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional. Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

²⁸ "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998."

supresión o escisión de entidades; cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad; traslado de funciones o competencias de un organismo a otro; supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones; mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios; redistribución de funciones y cargas de trabajo; introducción de cambios tecnológicos; culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad; racionalización del gasto público; mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas. Además de que dicha modificación debía realizarse dentro de claros **criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.**

Con posterioridad, se expidió el Decreto 0019 de 2012²⁹ -Ley anti-trámites-, que modificó el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 respecto de los requisitos que se deben cumplir para reformar una planta de personal, en los siguientes términos:

*"Artículo 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, **deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-**.*

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública." (Negrilla fuera del texto.)

De lo cual se concluye que la supresión del cargo surge como resultado de la reforma o modificación de la planta de empleos, que debe fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren y que sean elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento

²⁹ "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública."

Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

2.2.1. De los estudios técnicos.

Fue definido por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo como aquel documento "... *que contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto sine qua non de la legalidad de la misma.*"³⁰

Por su parte, el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005, indicó que las modificaciones de las plantas de empleos deben soportarse en estudios técnicos los cuales deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos: i) análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; ii) evaluación de la prestación de los servicios y iii) evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Al respecto de su importancia, el Máximo Tribunal ha indicado que la modificación de cualquier planta de personal "... *debe estar precedida por estudio técnico que la justifique, que debe fundamentarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la administración, dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, con el análisis de aspectos tales como los procesos técnico - misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y, la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleados.*"³¹

Además ha indicado que "*tal estudio técnico debe ser elaborado por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, contener las causas que llevan a la modificación de su estructura y la metodología que se implementará para el correspondiente análisis, tal como lo prevén los artículos 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004...*"³²

3.- CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso concreto, observa el Despacho que la señora JOEESMID LORENA MARIN MORENO, pretende se declare la nulidad

³⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de noviembre de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2006-01545-01(0177-15). C.P.: William Hernández Gómez.

³¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 07 de marzo de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00079-01(14S4-11). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de noviembre de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2006-01545-01(0177-15). C.P.: William Hernández Gómez.

del Decreto No. 055 del 23 de agosto de 2016, dentro del cual se decreta la supresión del cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 de la planta de personal del Municipio de Quípama, del Decreto No. 058 del 25 de agosto de 2016, por medio del cual se da por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 y de la Resolución No. 451 de fecha 21 de septiembre de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición confirmando la decisión antes mencionada. Consecuentemente, pide que se ordene su reintegro y se reconozcan y paguen los salarios dejados de percibir y demás prestaciones sociales a que tenía derecho, se reconozcan perjuicios morales y materiales en la modalidad de daño emergente.

En contraposición a ello, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que la declaratoria de insubsistente del cargo que ocupaba en provisionalidad la demandante tuvo lugar en razón a un estudio técnico de rediseño institucional que fue elaborado para efectos de modificar la planta de personal, el cual contó además con la respectiva autorización del Concejo Municipal, con el certificado de viabilidad presupuestal y se basó en la aplicación de las guías metodológicas del Departamento Administrativo de la Función Pública, y tuvo como propósito el mejoramiento del servicio, la reorganización y modernización de la Secretaría de Hacienda con la creación de un cargo de tesorero municipal ocupado por un profesional.

Ahora bien, de los medios de prueba aportados al plenario, encuentra el Despacho que:

La señora JOESES MID LORENA MARÍN MORENO fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 07, del nivel asistencial de la planta de personal del Municipio de Quípama, mediante los siguientes actos administrativos:

Actos de nombramiento	Periodo -prorrogas
Decreto No. 029 del 19 de junio de 2014 ³³ , por medio del cual se hace nombramiento en provisionalidad (fl. 33 s y 608 s).	Por el término de seis (6) meses.
Decreto No. 090 del 31 de diciembre de 2014, por la cual se prorroga un nombramiento en provisionalidad (fl. 35 s y 623 s)	Por el término de seis (6) meses.
Decreto No. 039 del 18 de junio de 2015, por la cual se prorroga un nombramiento en provisionalidad (fl.	Por el término de seis (6) meses.

³³ Notificado el 24 de junio de 2014 (fl. 609) y tomó posesión el 01 de julio de 2014 (fl. 620)

625 s)	
Decreto No. 082 del 18 de diciembre de 2015 ³⁴ , por la cual se prorroga un nombramiento en provisionalidad (fl. 38 s y 627 s)	Por el término de seis (6) meses.
Decreto No. 036 del 17 de junio de 2016 ³⁵ , por la cual se prorroga un nombramiento en provisionalidad (fl. 44 y 633 s)	Por el término de dos (2) meses.
Decreto No. 051 del 17 de agosto de 2016 ³⁶ , por la cual se prorroga un nombramiento en provisionalidad (fl. 42 s y 635 s)	Por el término de diez (10) días.

De acuerdo con la tabla anterior, se observa que mediante el Decreto No. 029 del 19 de junio de 2014 la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 07 por el término de 6 meses, nombramiento que luego fue prorrogado en tres oportunidades por el mismo término (Decreto No. 090 de 2014, Decreto No. 039 y Decreto No. 082 de 2015), después por el término de 2 meses y finalmente por 10 días, los cuales se cumplieron el 27 de agosto de 2016.

Que el 01 de julio de 2016 el Alcalde Municipal de Quípama suscribió **contrato de prestación de servicios profesionales No. 046**, con el señor Orlando Antonio Caro Caro cuyo objeto fue "...*REDISEÑO ORGANIZACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL, ELABORACIÓN MANUAL DE CONTRATACIÓN, INTERVENTORÍA Y ALMACÉN.*" (fl. 258 s), y cuyo plazo de ejecución fue de 45 días hábiles.

A través del **Acuerdo No. 014 del 10 de agosto de 2016**, el Concejo Municipal de Quípama otorgó facultades pro tempore al Alcalde Municipal para efectuar el proceso de rediseño institucional de la administración central del Municipio de Quípama y de la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO. - *Facúltese al Alcalde Municipal de Quipama, por el término de hasta de dos meses (2) contados a partir de la sanción y publicación del presente Acuerdo, para efectuar el proceso de rediseño institucional de la Administración Central del Municipio y de la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Quipama.*

PARÁGRAFO: *Para el cumplimiento de lo expuesto en el presente artículo, la Administración Municipal debe realizar el estudio técnico correspondiente de acuerdo con los lineamientos dados por la Función Pública en la guía de rediseño institucional para entidades públicas en el orden territorial.*

³⁴ Notificado el 21 de diciembre de 2015 (fl. 630)

³⁵ Notificada por mensaje de datos el 20 de junio de 2016 (fl. 634 vto.)

³⁶ Notificado por mensaje de datos el 17 de agosto de 2016 (fl. 636 vto.)

ARTICULO SEGUNDO: *Al término del proceso de rediseño institucional, el Señor Alcalde, deberá rendir ante la Corporación Municipal, un informe sobre el resultado y contenido de dicho proceso.*

ARTÍCULO TERCERO.- *Facultase igualmente al Alcalde Municipal para efectuar los traslados y adiciones presupuestales que sean necesarias con el objeto de atender el cumplimiento de lo dispuesto en este Acuerdo.*

ARTICULO CUARTO.- *El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias." (fl. 120-121).*

En razón a lo anterior, se elaboró el Estudio Técnico para el Rediseño Institucional de la Administración Central 2016 (fl. 144 s y 287 s), que consagró:

"... El presente estudio está basado en la aplicación de las guías metodología establecida por el Departamento Administrativo de la función Pública para la modernización de las entidades públicas Edición 2015.

(...) 3.1. COMPARATIVO DE CARGOS Y COSTOS POR NIVELES JERÁRQUICOS

Teniendo en cuenta la plata de personal del Municipio de Quípama, presentamos a continuación un análisis comparativo de la planta de personal actual con la planta propuesta:

Cuadro comparativo de cargos por costo y nivel, se puede observar que de una planta de personal de 16 cargos con un costo de sostenimiento de \$40.841.401,00, se propone una planta de personal de 15 cargos con una disminución mensual de \$153.315,65 equivalente a una disminución anual de gasto de personal de \$1.839.787,75.

(...) Para el análisis de la situación y del retén social de los empleados del municipio de Quípama se analizaron los documentos aportados en las carpetas de las hojas de vida de todos y cada uno de los empleados (...)

(...) Se observó anteriormente que la estructura orgánica del municipio, data de 1998, posterior a esto se crearon dependencias y no se realizó el respectivo organigrama de la estructura, en el año 2012 mediante facultades el Alcalde adopta una estructura y posteriormente se crean nuevos cargos por tanto se hace necesario adecuar la estructura incluyendo las nuevas dependencias y organizando el organigrama correspondiente a la administración, especificando las responsabilidades, competencias y misiones de cada dependencia, e incluyendo las propuestas por el actual gobierno en el plan de desarrollo municipal. (...)" (fl. 288 vto., 305, 310 vto.)

Y en relación con la Secretaría de Hacienda a la cual estaba adscrito el cargo de auxiliar administrativo (Hacienda), código 407, grado 07,

que desempeñó la demandante y que fue suprimido, se señaló lo siguiente:

*"Esta dependencia es la encargada de la formulación de las políticas fiscales y tributarias del Municipio, cuyas funciones son la de formular políticas tendientes a la fiscalización y tributación del municipio, dentro de los procesos que ejecuta esta secretaria están la gestión de presupuesto y la gestión contable los cuales requieren una reorganización dentro del interior de la secretaria; **se propone la (sic) suprimir el cargo de auxiliar administrativo que actualmente se encuentra en Provisionalidad y crear un cargo de nivel profesional como es el de Tesorero que sirva de apoyo en la parte contable y presupuestal; de la misma forma se propone la creación del cargo de almacenista, cargo de libre nombramiento y remoción toda vez que se considera como personal de confianza y manejo dentro de la administración.** (Negrilla fuera del texto).*

(...) SUPRESIÓN DE CARGOS

De acuerdo con lo analizado en el presente estudio técnico se propone suprimir seis (6) cargos de la Planta de personal del Municipio que no son necesarios para el cumplimiento de las funciones y objetivos de la Administración Central.

A continuación, se relacionan estos cargos y las observaciones frente a la supresión de los mismos:

NIVEL ADMINISTRATIVO	CÓDIGO	GRADO	No. DE CARGOS	OBSERVACIÓN
Auxiliar Administrativo (Hacienda)	407	07	1	Se elimina por cuanto se requiere mayor exigencia en la formación académica para el manejo contable y presupuestal. (Negrilla)

(...) 4.5 COSTOS

Una vez determinada la planta de personal de acuerdo con el presente estudio de rediseño institucional organizacional e incorporados los nuevos cargos, se establece que el Municipio no incurrirá en costos por pago de indemnizaciones por cuanto los cargos a suprimir están provistos en provisionalidad por lo tanto no hay motivo de indemnización." (fl. 315 vto., 318 vto.-319)

Con fundamento en el precitado estudio se expidieron los siguientes decretos:

Decreto No. 054 del 23 de agosto de 2016 , por medio del cual se modificó la estructura del Municipio de Quípama y se señalaron las funciones	Decreto No. 055 del 23 de agosto de 2016 , por medio del cual se estableció la planta de personal de la Administración Central del Municipio de	Decreto No. 056 del 23 de agosto de 2016 , por medio del cual se ajustó el manual específico de funciones y competencias laborales	Decreto No. 057 del 23 de agosto de 2016 , por medio del cual se modificó el Decreto 020 de 2016 que fijó salarios básicos mensuales para los empleos públicos del
--	--	---	---

de sus dependencias (fl. 125 s, 320 s, 344 s).	Quípama, procediendo a suprimir unos empleos, entre ellos, el del auxiliar administrativo (hacienda) código 407, grado 07 (fl. 45 s, 136 s).	de los empleos que conforman la planta de personal del Municipio de Quípama (fl. 556 s).	nivel central de la administración municipal de Quípama (fl. 327 vto. s y 358 s)
--	--	--	--

De acuerdo con los actos administrativos antes expuestos, el Alcalde municipal de Quípama expidió el **Decreto No. 058 del 25 de agosto de 2016**³⁷, mediante el cual dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Joesesmid Lorena Marín Moreno, en el empleo de auxiliar administrativo (Hacienda), código 407, grado 07, de la planta de personal, a partir del 27 de agosto de 2016 (fl. 48 s, 139 s, 637 s), por las siguientes razones:

"Que la Alcaldía de Quípama Boyacá, adelantó la elaboración del estudio técnico de rediseño institucional de que tratan los artículos 46 de la Ley 909 de 2004 y 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, para efectos de modificar la planta de personal.

Que mediante decreto 055 de agosto 2016 se estableció la planta de personal de la administración central del municipio de Quípama Boyacá.

Que el artículo 1º del Decreto 055 de 2016 Suprime algunos empleos de la planta de personal de la administración Central del Municipio de Quípama Boyacá entre los cuales se encuentra el empleo de Auxiliar Administrativo (Hacienda) código 407 grado 07.

Que según el concepto 96311 emitido por el Departamento Administrativo DAFP indicó "que no es viable consagrar un derecho a la estabilidad de los empleados provisionales, no obstante se ha señalado que su retiro debe producirse mediante acto motivado por cuanto tal motivación hace factible ejercer el derecho a la defensa, garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso; se considera justa causa la desvinculación del empleado provisional derivada de la supresión del empleo".

Que al respecto, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC ha sido enfática en considerar que una de las causales para la terminación del nombramiento en provisionalidad es precisamente el cumplimiento de la condición resolutoria que dio lugar al nombramiento, como por ejemplo el vencimiento del término de autorización (cuando ella existía) para su provisión, caso en el cual opera no una terminación anticipada ni una insubsistencia sino precisamente el cumplimiento del término (en tal caso de la autorización) establecido para el nombramiento.

Que las razones expuestas, se enmarcan dentro del mandato jurisprudencial establecido entre otras en sentencias SU-917 de 2010, SU-053 de 2015 y SU-054 de 2015 en el sentido de que exponen de manera clara, cierta y precisa las circunstancias de

³⁷ Notificada personalmente a la demandante el 29 de agosto de 2016 (fl. 639).

hecho y de derecho desprovistas de justificaciones genéricas en las cuales se fundamenta la decisión de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad hecho a la Señora JOESES MID LORENA MARIN MORENO en el empleo de Auxiliar Administrativo (Hacienda) código 407 grado 07, de la planta de personal del Municipio de Quípama Boyacá." (fl. 48, vto, 139, 140, 637 y vto.).

Dicha decisión fue impugnada por la demandante quien presentó recurso de reposición (fl. 51 s), en los siguientes términos:

"...Mi cargo fue creado con el Decreto No. 01 de fecha 2 de enero de 2013, a través del cual se fijó la estructura de empleos por niveles de la nueva planta de personal para la Administración Municipal de Quípama Boyacá, el cual obedeció a un estudio técnico de rediseño institucional acucioso, al igual que el Manual Específico de Funciones y competencias laborales de fecha 15 de marzo de 2015, los cuales realizaron un estudio responsable y real, encontrando la necesidad del cargo de Auxiliar Administrativa, con el ejercicio de las funciones que allí se consagran.

Sin embargo, encuentro con extrañeza que el Concejo Municipal de Quípama, el 10 de Agosto de 2016, mediante Acuerdo No. 014 de 2016 les otorgue facultades pro tempore al Alcalde para efectuar el proceso de rediseño institucional de la Administración central, y de la unidad de servicios públicos domiciliarios, el cual es sancionado el mismo 10 de agosto y es publicado por el término de tres (3) días desfijándolo el 18 de Agosto a las 6 pm. Y en atención al Decreto de terminación del cargo que ostentaba, se emitió el Decreto 055 de 2016 con fundamento en el cual el 25 de agosto emiten terminación de cargo, en menos de cinco (5) días hábiles.

Mi pregunta es en cinco (5) días hábiles contaba con el tiempo suficiente para poder efectuar un estudio técnico de cargas laborales, en donde le permitiera ver la necesidad o no de un cargo, que venía siendo útil, necesario e indispensable por años atrás confirmado por 2 estudios recientes de los años 2013 y 2015.

Es por ello, que no existe soporte ni motivación del acto administrativo en mención, ya que no cuenta con herramientas técnicas, jurídicas ni administrativas, que permitan evidenciar la eliminación de un cargo como innecesario para la administración Municipal.

(...) Es necesario resaltar que toda reforma de plantas de personal, debe fundarse y MOTIVARSE en necesidades del servicio basándose en justificaciones o estudios técnicos que así lo DEMUESTREN, y en el caso que nos ocupa a mí nunca me han efectuado encuestas o entrevistas o solicitado las actividades diarias o funciones efectuadas en mi cargo, por lo cual no existe un estudio real que así lo demuestre, lo cual viola desde cualquier punto de vista los principios de la administración pública y de la función administrativa.

Es por ello que se han desconocido principios tales como el principio de imparcialidad, moralidad, responsabilidad, eficacia, celeridad entre otros, ya que las autoridades administrativas deben actuar de una forma que beneficie el desarrollo de una administración

Municipal y no actuando bajo intereses personales que dificultan la transparencia de la función pública.

Ahora bien, sustento de la violación efectuada se hace evidente con el Contrato de Prestación de servicios asistenciales No. 05 de 2016, de fecha 18 de enero, de la señora CLAUDIA LORENA BELTRAN JIMENEZ, cuyo objeto contractual es: Prestación de servicio asistencial de apoyo a la gestión para realizar la actividad de auxiliar en la Secretaría de Hacienda del Municipio de Quípama Boyacá, en el cual se está demostrando claramente que en la Secretaría de Hacienda si es necesaria e indispensable una Auxiliar Administrativa, que cumpla con las funciones señaladas para el cargo Auxiliar Administrativo Código 407, grado 07, tanto así que según dicho contrato de tanto trabajo que existe que se tiene que contratar una auxiliar para apoyar dichas actividades. (...)" (fl. 52-53)

Recurso que fue resuelto mediante la **Resolución No. 451 del 21 de septiembre de 2016**³⁸ (fl. 55 s) que confirmó la decisión recurrida, bajo los siguientes considerandos:

"Que el municipio de Quípama Boyacá en las vigencias 2014 y 2015 fue descertificada por la Contraloría General de la república, por inconsistencias y baja calidad en los informes producidos por el municipio a través de la Secretaría de Hacienda, lo que evidencio debilidad en el apoyo a la gestión Administrativa e ineficiencia en la gestión. Situación que da lugar a que se plantee una nueva estructura como en efecto se da en el decreto 055 del 2016.

En tal sentido y bajo estos criterios es preciso indicar que el Concejo Municipal aprobó el Acuerdo número 05 de 2016 por medio del cual se adopta el Plan de desarrollo Municipal 2016-2019 "QUIPAMA, CON DESARROLLO SOCIAL, PRODUCTIVA Y CONSTRUCTORA DE PAZ" se proyectó fortalecer la capacidad de gestión administrativa del Municipio, con programas específicos a desarrollar al interior de la entidad como se sustenta en la dimensión de FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL.

Que teniendo en cuenta el Acuerdo 014 de 2016 el Concejo Municipal de Quípama concedió facultades al Ejecutivo Municipal para adelantar la elaboración del estudio técnico de rediseño institucional de que tratan los artículos 46 de la Ley 909 de 2004 y 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, para efectos de modificar la planta de personal, una vez efectuado y aprobado el estudio técnico de rediseño institucional, se procedió a emitir los actos administrativos entre otros el Decreto 055 de agosto 2016 por medio del cual se estableció la planta de personal de la administración central del municipio de Quípama Boyacá y en el artículo 1º del Decreto 055 de 2016 Suprime algunos empleos de la planta de personal de la administración Central del Municipio de Quípama Boyacá entre los cuales se encuentra el empleo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 07.

Que según el concepto emitido mediante radicado 2015-2016-019755-2 del 27 de Octubre de 2015 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP con referencia "RETIRO

³⁸ Que fue notificada a la demarante el 22 de noviembre de 2016 (fl. 57).

DEL SERVICIO. Derechos de los empleados nombrados en provisionalidad en caso de supresión del cargo: indico... Teniendo en cuenta las citadas normas solamente a los empleados que acrediten los derechos de carrera en el momento de la supresión de sus cargos como consecuencia de una reestructuración pueden optar por la incorporación en otro empleo de carrera a la reincorporación en la misma entidad o a la indemnización, situación que no es aplicable a los empleados provisionales a quienes solamente tendrán derecho a percibir las acreencias salariales y prestacionales consagradas en la ley.

Que las razones expuestas, se enmarcan dentro del mandato jurisprudencial establecido entre otras en sentencias SU-917 de 2010, SU-053 de 2015 y SU-054 de 2015 en el sentido de que exponen de manera clara, cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho desprovistas de justificaciones genéricas en las cuales se fundamenta la decisión de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad hecho a la Señora JOESES MID LORENA MARIN MORENO en el empleo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 07, de la planta de personal del Municipio de Quípama Boyacá.

Como consecuencia de lo anterior, el Recurso de Reposición no está llamado a prosperar." (fl. 55 vto.-56).

Señalado lo anterior, procede el Despacho a pronunciarse respecto de los reparos de nulidad planteados por la parte demandante, que están relacionados con la causal de nulidad de falsa motivación y desviación de poder, por lo que serán analizados de manera conjunta, tal como se sigue:

▪ **De la falsa motivación:**

Frente a la falsa motivación, el Consejo de Estado ha indicado que se presenta cuando "las causas, razones, opiniones, pensamientos y motivos que a la administración (en cabeza de su agente) le llevan a expedir el acto administrativo como declaración de voluntad que es. (...) De tal suerte que esa motivación **surgirá falsa, es decir, no acorde o fuera de la realidad, cuando el sustento fáctico no corresponde al apoyo jurídico invocado (falsedad en el derecho) o viceversa (falsedad en el hecho), o cuando teniendo ambos fundamentos (fáctico y jurídico) la declaración de voluntad refiere a tema distinto o contradictorio a su motivo causal (falsedad en la decisión).**"³⁹

En ese sentido, la Corte Constitucional ha referido que se configura falsa motivación cuando los motivos que se adujeron para la declaratoria de insubsistencia de un cargo en provisionalidad no pueden ser constatables empíricamente, es decir, verificables. En

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de mayo cinco (5) de dos mil cinco (2005). Expediente No. 11001-03-26-000-1996-01855-01 (11855). M.P. Dr. Aller Eduardo Hernández Enríquez.

efecto, la Alta Corporación⁴⁰ ha sostenido que:

*"Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, **aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa⁴¹ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.**" (Negrilla fuera del texto).*

En criterio de la demandante el acto de insubsistencia está viciado de nulidad por falsa motivación, porque:

- i) No se le dieron a conocer las razones por las cuales se prescindió de sus servicios, ni tampoco se motivó en debida forma como lo exige la ley, vulnerándose así su derecho al debido proceso y a la defensa.*

Pues bien, contrario a lo afirmado en la demanda se advierte que mediante el Decreto No. 058 de 2016 que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, se le dio a conocer que dicha decisión obedeció a que al interior de la entidad territorial se elaboró un estudio técnico de rediseño institucional que trajo consigo la expedición del Decreto 055 de 2016 que estableció la nueva planta de personal y suprimió unos empleos, entre ellos, el de Auxiliar Administrativo (Hacienda) código 407, grado 07 el cual desempeñaba.

Tan así es que luego de notificado - 29 de agosto de 2016-, tuvo la posibilidad de recurrir el acto administrativo como en efecto lo hizo el cual le fue resuelto y debidamente notificado, garantizándosele su derecho al debido proceso y de defensa.

En cuanto a que no se motivó en debida forma la desvinculación del cargo, disiente el Despacho de tal afirmación, en razón a que según se desprende del acto demandado a la accionante se le explicó de forma clara, precisa y de manera comprobable la razón por la cual se prescindía de sus servicios, que no fue otra que la supresión del cargo (Decreto 055 de 2016), causal de retiro del servicio consiste en la

⁴⁰ Sentencia SU-054 del 12 de febrero de 2015. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴¹ CP., Artículo 209: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

cesación definitiva de funciones prevista por el legislador y la cual según ha indicado el Consejo de Estado se predica "*respecto de cualquier empleo público, independientemente de su naturaleza y forma de vinculación (libre nombramiento y remoción, **provisionalidad**, carrera administrativa).*"⁴²

Adicionalmente, se observa que para el momento en que le fue notificada la Resolución No. 058 del 25 de agosto de 2016 que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, esto es, el 29 de agosto de 2016 -fl. 639-, ya había vencido el término de 10 días por el cual había sido nombrada mediante el Decreto No. 051 del 17 de agosto de 2016, los cuales vencieron el 27 de agosto de 2016 (fl. 42 s y 635 s), encontrándose por tanto terminado su nombramiento en provisionalidad. Luego este cargo no está llamado a prosperar.

ii) Se justifica la terminación del cargo bajo el argumento de que el Municipio no fue certificado por la Contraloría General de la República debido a unas deficiencias y baja calidad en los informes producidos por la Secretaría de Hacienda que dieron lugar a plantear una nueva estructura, falencias que considera no pueden atribuirse a la actividad desempeñada por una auxiliar administrativa, quien no fue capacitada para dicha labor ni se le hicieron llamados de atención por ninguna de sus actividades y además no tiene proceso disciplinarios en su contra.

A respecto se advierte que tal argumento dado por la entidad para suprimir el cargo Auxiliar Administrativo (Hacienda) código 407, grado 07 resulta válido, más aun cuando de la consulta de datos certificación Ley 617 de 2000 de la Contraloría General de la Nación, se observa que la calidad de la información reportada para los años 2014 y 2015 fue deficiente (fl. 206-207); adicionalmente de tal situación no se advierte, como se asevera en la demanda, que dicha falencia sea exclusiva de la demandante pues en efecto no se advierten llamados de atención ni procesos disciplinarios en su contra (fl. 375, 605 s y 640), pues según se desprende del estudio técnico dicha circunstancia se atribuyó a la Secretaría de Hacienda propiamente dicha, y fue la razón principal que conllevó la reorganización de la dependencia en cuanto a su gestión contable y presupuestal, y por ende a la creación del cargo de Tesorero y el de almacenista sin que de ello se desprenda una falsa motivación.

iii) La decisión de supresión y posterior retiro del servicio fueron expedidas de forma irregular por violación a las normas

⁴² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". sentencia del 17 de mayo de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-03623-01(1236-09). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

constitucionales, legales y al debido proceso, sin fundamento alguno, sin un estudio técnico de reestructuración real y que fue expedido de forma intempestiva, así mismo sin un debido análisis de cargas de trabajo, estadísticas, tiempo y actividades diarias, entrevistas, como el hecho de que el cargo era del nivel asistencial respecto del cual su naturaleza de creación no era exclusiva de la Secretaría de Hacienda sino de cualquier dependencia de la Alcaldía resultando necesario e indispensable.

Sobre el particular, observa el Despacho que la reorganización y modernización de la Secretaría de Hacienda obedeció a su deficiente gestión contable y presupuestal, que si bien es cierto que la expedición del Acuerdo No. 014 de 2016 que le otorgó facultades pro tempore al Alcalde para efectuar el proceso de rediseño institucional de la administración central que conllevó la elaboración del estudio previo y la expedición de los decretos municipales que modificaron la estructura del municipio, establecieron la planta de personal y ajustaron el manual específico de funciones y competencias laborales, acaeció en el periodo de 13 días; también lo es, que tal situación no implica una causal configurativa de nulidad por falta de análisis o de una expedición irregular, más aun cuando se advierte que la decisión de suprimir unos cargos, entre ellos, el de la demandante se derivó de un estudio previo que -según se acreditó en el plenario- se basó en la guía metodológica establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública para la modernización de la entidades públicas edición 2015⁴³ que determinó para su realización los siguientes instrumentos: una fase diagnóstica, análisis financiero, externo, capacidad institucional, análisis de procesos, diseño de estructura interna, diseño de planta de personal, que en efecto fue tenido en cuenta en el estudio técnico de rediseño institucional efectuado por la administración central 2016 (fl. 145 s).

Además del citado documento, también se observa que se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos mínimos contemplados en el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 para su realización: i) análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, como quiera que se abordó el mismo en el ítem de análisis de procesos pues allí se analizó la situación de la Secretaría de Hacienda, así como en el de personal por dependencias (fl. 182 y 201); ii) Evaluación de la prestación de los servicios, el cual fue abordado en el ítem de estructura de la administración municipal vigente y con la herramienta organizacional DOFA (fl. 183 s); y iii) Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, fue

⁴³http://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng=/imgproductos/1450053934_985de3129ddb156e36ce4cf0e215cdc9.pdf

estudiado a grandes rasgos en el ítem de propuesta de modificación, así como en el de planta de personal propuesta-supresión de cargos en el cual se hizo referencia a la situación de la Secretaría en mención, a la supresión del cargo de auxiliar administrativo (hacienda) y de la necesidad de crear un cargo profesional de tesorería y de almacenista (fl. 196 y 200 s).

Ahora en lo referente a que se omitió un análisis de cargas de trabajo, se observa que contrario a lo alegado en la demanda se evidenció que se hizo un estudio del mismo cuando se analizó la composición del personal actual y por dependencias.

En relación con el argumento de que la decisión de supresión del cargo y posterior retiro del servicio, no estuvo precedida del análisis de estadísticas, de tiempo y actividades diarias, así como de entrevistas, el Despacho no advierte que la falta de dichos instrumentos vicia de falsa motivación los actos administrativos que rediseñaron la administración central, que ordenaron la supresión del cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 07 y que dieron por finalizado el nombramiento en provisionalidad, como quiera que tales decisiones estuvieron precedidas de un estudio técnico de rediseño institucional de la administración central, que según se indicó en precedencia tuvo en cuenta la guía metodológica establecida por el DAFP, así como lo señalado en el artículo 97 del Decreto 1227 de 2005 y lo ordenado en el parágrafo del artículo primero del Acuerdo Municipal No. 014 de 2016 (fl. 120).

Finalmente, en lo que respecta a que el cargo era del nivel asistencial respecto del cual su naturaleza de creación no era exclusiva de la Secretaría de Hacienda sino de cualquier dependencia de la Alcaldía resultando por tanto necesario e indispensable, se observa del manual específico de funciones y competencias laborales (Decreto No. 16 del 18 de marzo de 2015) que si bien era del nivel asistencial y que la dependencia a la cual estaba adscrito era donde se ubicara el cargo (fl. 547 vto.), también lo es, que de la descripción de funciones esenciales previstas para dicho cargo⁴⁴ resulta claro, contrario a lo

⁴⁴ "III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES. 1. Efectuar los egresos de las cuentas que lleguen a la tesorería y realizar las consignaciones y descuentos que la tesorería tiene a su cargo, de acuerdo con los autorizados por ley.
2. Diligenciar los cheques de las operaciones que se efectúan en esta dependencia, radicar en libros y chequeras las operaciones de giro y descuento, de acuerdo a los procedimientos establecidos.
3. Realizar retenciones y descuentos en cada cuenta que se gira formulados en la ley.
4. Revisar y hacer devoluciones en las cuentas que así lo requiera y los aportes para el giro a impuestos nacionales.
5. Elaborar reportes de lo ingresado en el sistema por concepto de Industria y Comercio, Predial, Valorización y Circulación y Tránsito, atendiendo los requerimientos de información.
6. Responder por el archivo de cuentas de la tesorería municipal, siguiendo las disposiciones del Archivo General de la Nación.
7. Apoyar en la respuesta a los requerimientos hechos por los diferentes entes de control, en los términos y tiempos establecidos.
8. Efectuar el ingreso de los pagos realizados por conceptos de industria y comercio al sistema, realizando los pasos determinados en el manual del usuario.
9. Realizar las interfaces de predial, industria y comercio, en las condiciones establecidas en el manual de los aplicativos.
10. Elaborar el informe mensual del recaudo por concepto del impuesto de degüello de ganado menor, de acuerdo a las tarifas establecidas por la administración.
11. Mantener actualizado el sistema correspondiente a cada impuesto, de acuerdo a los procedimientos establecidos.
12. Diligenciar y hacer las consignaciones respecto a los descuentos judiciales de los empleados del municipio.
13. Llevar el control de saldos de las cuentas bancarias (CDT, CDAT, ahorros, corrientes y de convenios), del vencimiento de las obligaciones bancarias y su pago oportuno.
14. Elaborar comprobantes de egresos (retención en la fuente, descuentos de nómina, pagos a salud, servicio de la deuda, traslado de fondos y otros esporádicos), notas crédito y débito de los rendimientos financieros y otros.

afirmado por la parte demandante, que era exclusivo de la Secretaría de Hacienda y no de cualquier dependencia de la Alcaldía, lo cual se corrobora además, con los requisitos de estudio pues se exigía título de bachiller en cualquier modalidad y técnico en área contable y adicionalmente, del objeto principal del cargo se observa que su finalidad era servir de *"Apoyo logístico en la consecución y organización de los recursos financieros y físicos de la Administración Municipal tendientes a consolidar un instrumento de información para las decisiones administrativas y de los órganos de control."* (fl. 547 vto.). Por lo que dicho cargo tampoco está llamado a prosperar en vista de que no se advierte que la decisión de supresión y posterior retiro del servicio hayan sido expedidas de forma irregular y menos vulnerando normas constitucionales, legales y el debido proceso.

iv) No existe autorización generada por el Departamento Administrativo de la Función Pública para la modificación de la planta de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que *"dentro del proceso de reestructuración, no se requiere el concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública, y que la falta de su aprobación no vicia de nulidad los actos administrativos que para el efecto (sic) de expidan"*⁴⁵. Adicionalmente, de las normas aplicables al caso (Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Decreto 0019 de 2012) no se advierte tal exigencia, luego tal argumento no está llamado a prosperar.

v) Se suscribe un contrato de prestación de servicios sin que el alcalde tenga facultades para ello, esto es, sin la autorización del Concejo Municipal para proceder a dicho rediseño institucional.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado que *"De conformidad con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, por regla general los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los*

15. Revisar los descuentos de ley (retención en la fuente, IVA, timbre, impuesto de guerra), y demás estipulados en el Estatuto Tributario Municipal realizados a los egresos de pago.

16. Efectuar la apertura de libros de presupuesto (disponibilidades y registros) y archivar las disponibilidades y los registros, atendiendo los procedimientos establecidos.

17. Descargar las disponibilidades y los registros en los libros de presupuesto, siguiendo las pautas generadas en las normas.

18. Efectuar periódicamente seguimientos y análisis del recaudo de los ingresos del municipio (impuestos, tasas, regalías, gravámenes y demás ingresos del municipio), elaborando los

informes de recaudo y cartera;

19. Efectuar la cobranza administrativa en coordinación con el profesional de la secretaría y apoyar los diferentes sistemas y procedimientos que se estimen convenientes a fin de agilizar el cobro a terceros;

20. Elaborar los recibos y constancias de estado de deuda en predial y demás impuestos que soliciten los ciudadanos y pasarlos para la firma del profesional de la secretaría.

21. Ejercer la custodia y vigilancia de todos los títulos, valores y demás bienes o activos que se le entreguen en custodia.

22. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel jerárquico,

la naturaleza y el área de desempeño del cargo." (fl. 547 vto. s).

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01578-01(1971-09). C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

*municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal*⁴⁶, luego no se observa que fuera indispensable que el Concejo Municipal autorizara al Alcalde para celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales.

Ahora si bien es cierto que el contrato de prestación de servicios profesionales No. 046 suscrito con el objeto de llevar a cabo el rediseño organizacional de la administración central, la elaboración del manual de contratación, interventoría y almacén, fue celebrado el -01 de julio de 2016-, esto es, antes de que la Corporación diera facultades pro tempore al Alcalde para efectuar el proceso de reestructuración institucional-Acuerdo No. 014 del 10 de agosto de 2016-; también lo es, que tal actuación desarrollada previamente a la elaboración del estudio previo y a la posterior modificación de la estructura de la administración municipal, en nada afecta la legalidad de los actos administrativos acusados, como quiera que la facultad pro tempore que le fue concedida al Alcalde Municipal para crear, suprimir los empleos de sus dependencias y señalar sus funciones, solo se materializó con posterioridad a la expedición del Acuerdo Municipal No. 014 de 2016 y no antes, según se desprende de la expedición de los Decretos Nos. 054, 055, 056 y 057 de fechas 23 de agosto de 2016, sin que por ello se vislumbre una expedición irregular que dé lugar a declarar la nulidad deprecada.

vi) Se presenta una vulneración directa a las normas y preceptos que dirigen una actuación de un órgano estatal, ya que con el contrato de prestación de servicios asistenciales No. 05 del 18 de febrero de 2016, suscrito con la señora Beltrán Jiménez para prestar servicio asistencial de apoyo a la gestión para realizar la actividad de auxiliar en la Secretaría de Hacienda de Quípama, se ve la necesidad de una auxiliar administrativa de planta en la citada Secretaría, que cumpla con las funciones señaladas para el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 que fue suprimido.

Al respecto, se observa que si bien el Alcalde Municipal suscribió contrato de prestación de servicios asistenciales No. 05 (fl. 58 s y 361 s), con la señora Claudia Lorena Beltrán Jiménez, cuyo objeto fue la *"prestación de servicio asistencial de apoyo a la gestión para realizar la actividad de auxiliar en la Secretaría de Hacienda del Municipio de Quípama vigencia 2016 (fl. 60)* y tuvo como plazo de ejecución 11 meses y 14 días; también lo es, que tal contratación se llevó a cabo el 18 de enero de 2016, esto es, cuando la demandante aún se encontraba ocupando en provisionalidad el cargo de auxiliar

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 11 de marzo de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00285-00 (2238). C.P. William Zambrano Cetina.

administrativa, nombramiento que había sido prorrogado por seis (6) meses más (fl. 38 s y 627 s) y todavía no se había iniciado el proceso de reestructuración de la administración central que culminó con la supresión del cargo mediante el Decreto No. 055 del 23 de agosto de 2016 y posterior retiro del servicio que fue efectuado mediante el Decreto No. 058 de 2016 que le fue notificado a la demandante el 29 de agosto de 2016.

Finalmente cabe precisar que con posterioridad a la terminación del plazo estipulado en dicho contrato de prestación de servicios asistenciales No. 05, así como de la supresión del cargo de auxiliar administrativa (hacienda) no se prueba que el referido cargo hubiere existido de forma permanente y continua por medio de contratos de prestación de servicios -a pesar de su supresión-, que evidenciaran la necesidad de un auxiliar administrativa de planta, por lo que dichos argumentos tampoco desvirtúan la presunción de legalidad que ampara los actos acusados.

▪ **De la desviación de poder.**

La desviación de poder planteada, según se deduce de la demanda se basa en que fue voluntad del Alcalde suprimir un cargo necesario e indispensable para la Administración Municipal de Quípama, sin un estudio técnico serio y acorde con la realidad.

Al respecto, es pertinente señalar que el tratadista Libardo Rodríguez⁴⁷, ha definido la desviación de poder como: *"si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder. Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal"*; en ese mismo sentido, el Consejo de Estado⁴⁸ señaló: *"se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; **de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse"**.*

⁴⁷ RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo - General y Colombiano, Editorial Temis 2015.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia de doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 25000-23-25-000-2007-00446-01(0868-14)

De acuerdo a lo anterior y tal como lo ha manifestado el Consejo de estado en diversos pronunciamientos⁴⁹, establecer la existencia de este elemento reviste un alto grado de complejidad puesto que debe demostrarse que la voluntad o intención del funcionario que expidió el acto de insubsistencia se encontraba viciada y en ese sentido, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte interesada.

Revisado el expediente, se evidencia que no obra prueba alguna que demuestre que la declaratoria de terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante señora Marín Moreno en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 efectuada por el Alcalde Municipal obedeció a móviles ocultos y ajenos a las necesidades del servicio que demandaban la reorganización y modernización de la administración central, más exactamente de la Secretaría de Hacienda.

En efecto, de los medios de prueba recaudados no se logró establecer que la actuación adelantada por la administración municipal para reestructurar la administración central con la supresión y creación de cargos fuera contraria al mejoramiento del servicio y a las razones de modernización de la administración que quedaron plasmadas en el estudio técnico realizado para el efecto; en consecuencia, de la simple afirmación efectuada por la parte demandante no puede determinarse que el acto de terminación del nombramiento en provisionalidad fue expedido por desviación de poder de la autoridad que lo profirió, en tanto que el juez debe tener plena certeza de su ocurrencia. Así lo manifestó el Consejo de Estado en providencia de 30 de marzo de 2017, donde sostuvo:

"(...) el juzgador debe tener convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. De esta manera, la sola afirmación de que la administración no actuó ajustada a derecho no es suficiente. Resulta necesario que se presenten los elementos de juicio de los cuales pueda deducir que en la referida desvinculación del servicio la administración no actuó conforme a derecho.

Una decisión en contrario llevaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso."⁵⁰

Así entonces, no se encuentra probada la causal de desviación de

⁴⁹ Ver entre otras: sentencia de 065 de julio de 2017, Rad. Interno: 1870-13; sentencia de 11 de febrero de 2015, Rad. Interno: 0193-12 y sentencia de 20 de agosto de 2015, Rad. Interno 1847-12.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sentencia de treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 41001-23-33-000-2012-00142-01(0990-14). C.P.: William Hernández Gómez.

poder propuesta por la parte demandante, relacionada con los intereses particulares del nominador.

Corolario de lo expuesto, la decisión adoptada por el Alcalde del Municipio de Quípama fue proporcional, razonable y conforme con las funciones que le ley le otorgó, en el entendido que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, en la medida en que las decisiones allí contenidas se adoptaron en el marco del mejoramiento de servicio y de la modernización de la administración central previa la realización de un estudio técnico que se fundó en la guía metodológica establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública para la modernización de la entidades públicas edición 2015, no demostrándose lo contrario por la parte actora, teniendo el deber de la carga de la prueba.

En consecuencia, el Despacho denegará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró acreditar que los actos acusados estuvieran viciados por la configuración de alguna de las causales de nulidad invocadas, esto es, falsa motivación y desviación de poder analizadas en precedencia.

5. De las costas y agencias en derecho.

Se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

Conforme a lo indicado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016⁵¹, en tratándose de un proceso declarativo tramitado en primera instancia y de contenido pecuniario de menor cuantía, se fijarán como agencias en derecho a cargo de la parte demandante las equivalentes al 2% del valor de las pretensiones de la demanda⁵², esto es, la suma de ciento cincuenta y ocho mil quinientos doce pesos m/cte. (\$158.512).

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

⁵¹ Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el **15 de febrero de 2017** (fl. 76)

⁵² Ver folio 19 del expediente (\$6.125.625 +\$1.800.000 = \$7.925.625).

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

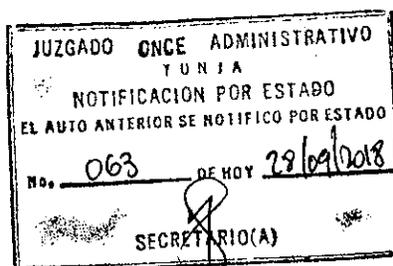
TERCERO: En los términos del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, se fijarán como agencias en derecho las equivalentes al 2% del valor de las pretensiones de la demanda⁵³, esto es, la suma de ciento cincuenta y ocho mil quinientos doce pesos m/cte. (\$158.512).

CUARTO: NOTIFICAR por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

QUINTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez



⁵³ Ver folio 19 del expediente (\$6.125.625 + \$1.800.000 = \$7.925.625).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 27 SEP 2018

DEMANDANTE : LEONARDO MOSQUERA COSSIO
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201700001-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir sobre la imposición de la sanción por la inasistencia del apoderado de la entidad demandada-FNPSM a la audiencia inicial celebrada el 05 de septiembre de 2018.

El numeral 4º del artículo 180 del C.P.A.C.A. dispone:

"ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Intervinientes. Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

(...)

4. Consecuencias de la inasistencia. Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Subrayas del Despacho)

De conformidad con la norma, la asistencia de los apoderados de las partes a la diligencia de audiencia inicial es obligatoria, sin embargo la citada norma en el inciso tercero del numeral tercero, señala: **"El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrá el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia."**

En el presente caso, encuentra el Despacho que el apoderado de la entidad demandada, dentro del término legal para justificar su inasistencia allegó escrito (fl. 103) señalando que la misma obedeció a que se encontraba en una diligencia en el municipio de Sativasur dentro del incumplimiento de contrato donde representa al llamado en garantía,

para lo cual adjuntó certificación emitida por el supervisor del Contrato No. 145 de 2016 del Municipio de Sativasur (fl. 104).

Advierte el Despacho de los documentos allegados, que las diligencia derivada del trámite por incumplimiento del contrato No. 145 de 2016 se adelantó el día 5 de septiembre hogafío desde las 8:00 a.m. a 4:00 p.m. en el Municipio de Sativasur (Boy) y contó con la asistencia del abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL como apoderado de la Previsora S.A Compañía de Seguros. Luego se observa que la excusa presentada resulta de recibo para el Despacho como una justa causa, considerando que es una circunstancia de fuerza mayor, motivo por el cual la justificación se aceptará sólo para efectos de exención de la sanción pecuniaria, de conformidad con lo explicado.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: EXONERAR de las consecuencias pecuniarias al apoderado de la entidad demandada abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL, por la inasistencia a la audiencia inicial celebrada el 5 de septiembre de los cursantes, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del CPACA, por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes e infórmese de la publicidad del estado. Así mismo, comuníquesele al correo electrónico del Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>063</u> , Hoy <u>28/09/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 27 SEP 2018

DEMANDANTE : MARTÍN AVELLA
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201800013-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir sobre la imposición de la sanción por la inasistencia del apoderado de la entidad demandada-FNPSM a la audiencia inicial celebrada el 06 de septiembre de 2018.

El numeral 4º del artículo 180 del C.P.A.C.A. dispone:

"ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Intervinientes. Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

(...)

*4. Consecuencias de la inasistencia. Al apoderado que no concorra a la audiencia sin justa causa **se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**" (Subrayas del Despacho)*

De conformidad con la norma, la asistencia de los apoderados de las partes a la diligencia de audiencia inicial es obligatoria, sin embargo la citada norma en el inciso tercero del numeral tercero, señala: "**El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrá el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.**"

En el presente caso, encuentra el Despacho que el apoderado de la entidad demandada, dentro del término legal para justificar su inasistencia allegó escrito (fl. 99) señalando que la misma obedeció a que se encontraba en una audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 del Contrato de Obra COP- 20150013 en el municipio de Duitama, para lo cual adjuntó certificación emitida por el Profesional de la Oficina de

Contratación del Municipio de Duitama de fecha 6 de septiembre del año en curso (fl. 100).

Advierte el Despacho de los documentos allegados, que las diligencia derivada del trámite por incumplimiento del contrato de obra COP 20150013 se adelantó el día 6 de septiembre hogaño desde las 2:00 p.m. (sic- a.m.) a 5:00 p.m. en el Municipio de Duitama (Boy) y contó con la asistencia del abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL. Luego se observa que la excusa presentada resulta de recibo para el Despacho como una justa causa, considerando que es una circunstancia de fuerza mayor, motivo por el cual la justificación se aceptará sólo para efectos de exención de la sanción pecuniaria, de conformidad con lo explicado.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: EXONERAR de las consecuencias pecuniarias al apoderado de la entidad demandada abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL, por la inasistencia a la audiencia inicial celebrada el 6 de septiembre de los cursantes, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del CPACA, por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes e infórmese de la publicidad del estado. Así mismo, comuníquesele al correo electrónico del Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>063</u> , Hoy <u>28/9/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTES: HUGO HERNANDO BORDA BORDA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00136 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda (fl. 10-25):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, los señores HUGO HERNANDO BORDA BORDA, OLGA TULIA CURREA RIOS, FERNANDO ARIAS GARCÍA, BERNARDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO LEÓN GARCÍA PEÑA, RUBIEL ALEJANDRO MUNEVAR LÓPEZ, SONIA YANETH RINCÓN SUESCÚN y ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ, a través de apoderado judicial interpusieron demanda contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA, solicitando se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios DESTJ15-3033 del 3 de diciembre de 2015, DESTJ16-80 del 21 de enero del 2016, DESTJ16-324 del 9 de febrero del 2016, DESTJ16-2114 del 11 de agosto de 2016, y de los actos fictos o presuntos que se configuraron por no haber sido resueltos los recursos interpuestos en sede administrativa a instancias de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, mediante los cuales les fue negada la reliquidación de sus prestaciones sociales desde el año 2013 en adelante, teniendo en cuenta como factor salarial la **bonificación judicial** creada mediante Decreto 383 de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, solicitan se condene a la demandada a reliquidar todas sus prestaciones sociales, causadas desde el año 2013 en adelante, con la inclusión de la referida **bonificación judicial** como factor salarial.

De igual manera, solicitan que sobre los valores adeudados se efectúen los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- Normas violadas y concepto de violación:

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías fundamentales estipuladas tanto en el Preámbulo como en los artículos 2, 4, 13, 25, 25 y 53 de la Constitución Política y se vulneraron los artículos 1 y 2 de la Ley 4ª de 1992, Ley 54 de 1962, artículo 2 de la 5ª de 1969, artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 y artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Considera que los actos acusados fueron expedidos infringiendo la Constitución Política y la Ley, como quiera que desconocen el concepto de salario y sus componentes, sin tener en cuenta la naturaleza salarial, prestacional y remuneración periódica que caracteriza a la **bonificación judicial**, dado que la finalidad de su creación con base en la Ley 4 de 1992 fue la de nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial con ocasión de la prestación del servicio. Razón por la cual, ha de ser parte integrante del concepto de salario, y por ende, tenida en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia del vínculo laboral.

Señala además, que el Decreto 383 de 2013 es contrario a la norma constitucional, por lo que refiere la inaplicación por inconstitucional, de la expresión *"y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"* contenida en el artículo 1º del aludido Decreto. Como causal de nulidad propone la violación directa de la Constitución y la ley.

2. Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fl. 86-91):

Se advierte que como quiera que la entidad accionada contestó la demanda de manera extemporánea, no hay tesis alguna que plantear al respecto.

3. Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 31 de mayo de 2018 (fl. 249), las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si la bonificación judicial instituida mediante Decreto 383 de 2013 constituye factor salarial a efectos de ser tenida en cuenta para la liquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por los demandantes a partir del 1º de enero de 2013 en adelante.

En consecuencia, deberá establecer:

- Si procede la declaratoria del silencio administrativo negativo y si se configuraron los actos fictos producto de la falta de resolución de los recursos de apelación formulados el 29 de enero, 11 de marzo y 9 de septiembre de 2016 contra los actos demandados.
- La legalidad de los actos administrativos contenidos en los oficios **DESTJ16-15-3033** del 3 de diciembre de 2015, **DESTJ16-324** de 9 de febrero de 2016, **DESTJ16-2114** de 11 de agosto de 2016 y **DESTJ16-80** de 21 de enero de 2016 por medio de los cuales la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA negó el reconocimiento de la bonificación judicial creada mediante Decreto 383 de 2013, como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales, además de la legalidad de los actos fictos presuntos negativos, si se encuentran configurados.
- Si resulta procedente ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO:

2.1.- Del silencio administrativo negativo.

El artículo 86 del CPACA señala que si transcurridos dos (2) meses a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la misma es negativa, constituyéndose de tal forma en una ficción legal que puede ser controvertida en sede judicial. La Corte Constitucional¹ ha dicho que el

¹ Sentencia C-875 de 2011

silencio administrativo es una herramienta importante para los ciudadanos porque **"i) puede hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) pueden ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración,..."**

En tal sentido, la omisión de respuesta a una solicitud presentada por el ciudadano ante la administración, si bien desconoce el derecho fundamental de petición, no es óbice para que aquella falencia impida su conocimiento por parte de la jurisdicción, tal y como lo señala el inciso 3º ibídem.

2.2.- De la bonificación judicial -Decreto 383 de 2013-

En ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso de la República por conducto de la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f); se profirió la Ley 4ª de 1992, que en lo que aquí interesa, se encargó de fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Pues bien, en desarrollo de los preceptos generales contenidos en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República de Colombia expidió el Decreto 383 de 2013 *"por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones."*

Dicha bonificación judicial fue instituida con efectos jurídicos particulares, pues se previó que su reconocimiento sería **i)** solo para aquellos servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012; **ii)** de carácter mensual; **iii)** a partir del 1º de enero de 2013; y **iv)** que constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En la misma disposición se fijó el monto exacto que se pagaría por concepto de la bonificación judicial, hasta el año 2018; siendo este el único aspecto que ha sido objeto de modificación por parte del Ejecutivo al expedirse los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018, en los que se varió el monto de dicho emolumento para los años 2015 a 2018. Por su parte, la naturaleza jurídica y las demás características de la bonificación judicial previstas en el Decreto 383 de 2013, se mantuvieron incólumes.

2.3.- Del concepto de salario.

En los términos del artículo 1º del Convenio 095 de la OIT², "**salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."

Por su parte, la legislación colombiana desarrolló la anterior concepción, estableciendo que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma o denominación en que se adopte (art. artículo 127 C.S.T.).

Sobre este punto, ha precisado la Corte Constitucional que "Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que **constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como 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 o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (...) "³ (Resalta el Despacho).

Siguiendo esta línea argumentativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, determinó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

"(...) El **salario** (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)" En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, **sino todo lo que recibe el trabajador** en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que

2 Constitución Política. **ARTICULO 53.** (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...). Este tratado fue integrado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1962. Con posterioridad, la Corte Constitucional le reconoció jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad en la Sentencia SU-995 de 1999.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.” (...)

*Según el artículo 42 ibídem son **factores de salario**, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”.*

2.4.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-122 de 2011:

*“...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución...”** (Resalta el Despacho)*

Ahora bien, partiendo de la base de la supremacía del texto constitucional, se deriva la existencia de una condición jerárquica del sistema jurídico, que en todo caso debe presidir el ejercicio de la función administrativa, así es que ante la incompatibilidad entre un acto administrativo y la ley, cuando atañe a asuntos no sujetos a modificación por vía de reglamentación, el operador jurídico también está habilitado para inaplicarlo. En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, la Corte Constitucional señaló:

*"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.**"(Resalta el Despacho).*

En consonancia con la anterior interpretación, se consagró en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, el control por vía de excepción en los procesos que se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que *"el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...) La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."*

2.5.- CASO CONCRETO:

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que los demandantes han prestado sus servicios en la Rama Judicial del Poder Público, así (fl. 234-247):

Demandante	Desde	Hasta
HUGO HERNANDO BORDA BORDA	10/09/1985	A la fecha ⁴
OLGA TULIA CURREA RIOS	16/05/1987	A la fecha
FERNANDO ARIAS GARCÍA,	01/08/2009	01/09/2016
BERNARDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ	11/03/2003	04/10/2016
GUILLERMO LEÓN GARCIA PEÑA	20/02/1995	A la fecha
RUBIEL ALEJANDRO MUNEVAR LÓPEZ	18/07/1991	31/08/2016
SONIA YANETH RINCÓN SUESCÚN	20/06/2005	A la fecha
ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ	19/07/1994	A la fecha

- Que los demandantes pertenecen al régimen salarial y prestacional señalado en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 -acogidos- (fl.233).

⁴ Fecha de expedición de Certificación por parte de la DESAJ Tunja – 22 de mayo de 2018

- Que los accionantes han percibido la bonificación judicial establecida en el Decreto 383 de 2013, mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, desde el mes de enero del año 2013, según se desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente (fl.143-232).
- Que la mencionada bonificación solo se ha tenido en cuenta como factor salarial al momento de efectuar la cotización al sistema de pensión y seguridad social en salud (fl.143-232).
- Que mediante los derechos de petición radicados, el 20 de noviembre de 2015 ,16 de diciembre de 2015 , 29 de diciembre del 2015 y 12 de julio de 2016 (fl.26-37) se solicitó a la entidad accionada la reliquidación prestacional teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, obteniendo respuesta negativa mediante los actos administrativos contenidos en los **Oficios DESTJ15-3033** del 3 de diciembre de 2015, **DESTJ16-80** del 21 de enero del 2016, **DESTJ16-324** del 9 de febrero del 2016 y **DESTJ16-2114** del 11 de agosto de 2016 (fl.38-56).
- Los demandantes interpusieron recursos de apelación el día **29 de enero del 2016** (57-62) en contra de los actos contenidos en los oficios DESTJ15-3033 del 3 de diciembre de 2015 y DESTJ16-80 del 21 de enero del 2016; el día **11 de marzo de 2016** (fl.63-65) respecto del acto contenido en el oficio DESTJ16-324 del 9 de febrero del 2016; y el **9 de septiembre de 2016** (fl.66-68) frente al acto DESTJ16-2114 del 11 de agosto de 2016.
- A la fecha de presentación de la demanda de la referencia, la entidad demandada no había proferido respuesta a los precitados recursos.

Como quiera que con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda no habían sido proferidos los actos que resolvieron las apelaciones en sede administrativa; de conformidad con lo establecido en los artículos 83 y 86 de la Ley 1437 de 2011 se entiende que aquellos fueron resueltos de manera negativa, por lo que procede declarar la configuración del silencio administrativo negativo respecto de dichos actos, que según lo dispuesto en el artículo 163 ibídem, hacen parte de los actos acusados.

En la demanda de la referencia se solicita la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, señalando como causal de nulidad la violación directa de la constitución y la ley, al considerar que el Decreto 383 de 2013 en que se sustentó la negativa, resulta ser inconstitucional e ilegal.

Al respecto, sea lo primero señalar que según las definiciones desarrolladas en precedencia, es claro que la bonificación judicial de que trata el Decreto

383 de 2013, constituye salario, habida cuenta que se pudo comprobar que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios al ser creada con efectos de nivelación salarial, y sin que obedezca a la mera liberalidad del empleador; tan es así, que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que dicha bonificación se verá reflejada en la eventual pensión a que tendrían derecho, respecto de la cual ha señalado la Corte Constitucional que *"constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo"*⁵. Así entonces, el hecho de que la pensión de vejez de los accionantes se consolide teniendo como ingreso base de liquidación todos los factores que retribuyen a sus servicios y de manera consecuente integran el concepto de salario, es otro argumento del cual se deriva el carácter salarial de la bonificación judicial instituida en el Decreto 383 de 2013.

Precisado lo anterior, señala el Despacho que el pluricitado Decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades administrativas conferidas por el legislador a través de la ley marco o cuadro -Ley 4ª de 1992-.

Frente al alcance de dicha prerrogativa, la Corte Constitucional ha señalado que *"En efecto, el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso -como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije al legislador."*⁶. De la misma manera, señala el tratadista Manuel Fernando Quinche que *"Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos."*⁷

Así las cosas, resulta evidente que el Ejecutivo se extralimitó al momento de modificar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial, transformando de manera arbitraria la naturaleza de la bonificación judicial, al haberla despojando tácitamente de su carácter salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, cuando señaló que constituiría factor salarial únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

7 En: Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Capítulo XI La Función Ejecutiva. Los decretos de contenido administrativo. Pág.446. Cuarta edición.

Conforme a lo anterior, y en atención la escala normativa colombiana, es claro que el Decreto 383 de 2013, debió expedirse, en primer lugar, bajo los criterios y objetivos fijados en la Ley marco que desarrolló, esto es, la Ley 4ª de 1992, y además, de manera imperativa con arreglo a los derechos laborales considerados como fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Concretamente, el Ejecutivo desconoció los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y de primacía de la realidad sobre las formas, establecidos en el artículo 53⁸ de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la propia Ley 4ª de 1992, relativo a que "(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*" (principio de progresividad), pues con la expresión que aquí se cuestiona, se introdujo abiertamente una desmejora prestacional.

En asunto de similares contornos, en donde los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación reclamaban que la prima especial del treinta por ciento (30%) se incluyera como factor de liquidación de sus prestaciones sociales; el Consejo de Estado estableció su carácter salarial con fundamento en que "*la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de sus Decretos reglamentarios es aquella que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Jueces de la República...*" (Negrilla y subrayas del texto original)⁹

Como consecuencia de lo antes expuesto, en el *sub lite*, se dispondrá la inaplicación de la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" contenida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, por resultar incompatible con las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de progresividad contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992.

En suma, como quiera que la expedición de los actos demandados se fundó en una norma que en el presente caso será inaplicada parcialmente por ser inconstitucional e ilegal, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los

8 ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
(...)

9 CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sala de Conjuces. Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Expediente No. 41001-23-31-000-2003-01075-01. Actor: José Millier Lugo Barrero. Autoridades Nacionales.

actos enjuiciados, y en consecuencia, procede declarar su nulidad, como quiera que de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, **a los demandantes les asiste el derecho a que las prestaciones sociales previstas en su régimen, sean reliquidadas incluyendo en su base de liquidación la bonificación judicial creada por virtud Decreto 383 de 2013, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral.**

2.6. PRESCRIPCIÓN

Precisa el Despacho que este medio exceptivo no fue propuesto por la entidad accionada; sin embargo, el juez de instancia está facultado para abordar el estudio de las excepciones que encuentre probadas al momento de emitir fallo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA que prevé que **"en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada"** (resalta el despacho).

Así entonces, como se accede a la reliquidación, advierte el Despacho que, en materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969, que disponen: "Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible". En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: **i)** el simple reclamo escrito del empleado, **ii)** presentado ante la autoridad competente, e **iii)** identificando el derecho o prestación reclamado.

- En el presente caso, se advierte que las solicitudes de reliquidación de las prestaciones sociales, fueron presentadas de forma separada por los demandantes, los días, 20 de noviembre de 2015, 16 y 29 de diciembre de 2015, y 12 de julio de 2016 (fl.26-37).

De las precitadas solicitudes, se observa que la petición realizada el 12 de julio de 2016 por la demandante ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ (fl.35-37) interrumpió el fenómeno prescriptivo, afectando las diferencias de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al 12 de julio de 2013.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la reliquidación aquí ordenada afecta las prestaciones sociales causadas desde el 1º de enero de 2013; las restantes peticiones de reajuste interrumpieron la prescripción, razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó respecto de las diferencias de las prestaciones sociales de los demás demandantes.

- Debe precisarse que no ocurre lo mismo, en relación con la **prescripción del auxilio de cesantías**, pues frente a esta prestación, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su criterio, señalando que "**mientras subsista el vínculo laboral, pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el respectivo fondo administrador, tal liquidación no es definitiva pues solo adquiere este carácter cuando termina la relación laboral es decir, cuando el empleado queda cesante, momento en el cual se efectúa la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación. Por esta razón concluyó que mientras esté vigente el vínculo no existe prescripción al derecho al auxilio de cesantías.**"¹⁰ (Resalta el Despacho).

Pues bien, en el *sub examine* se advierte que a la fecha de presentación de la demanda -16 de agosto de 2017 -fl.25-, los demandantes HUGO HERNANDO BORDA BORDA, OLGA TULIA CURREA RIOS, GUILLERMO LEÓN GARCÍA PEÑA, SONIA YANETH RINCÓN SUESCÚN y ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ se encontraban en servicio activo (fl.234-243); por consiguiente, no operó la prescripción de dicho derecho reclamado. De igual manera acontece con los demandantes FERNANDO ARIAS GARCÍA, BERNARDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y RUBIEL ALEJANDRO MUNEVAR LÓPEZ, pues si bien se retiraron del servicio a partir del 2 de septiembre, 5 de octubre y 1º de septiembre de 2016, respectivamente (fl. 244-247), se tiene que con la presentación de las solicitudes de reliquidación y de la demanda el 16 de agosto de 2017 se interrumpió también el fenómeno prescriptivo.

En suma, es del caso señalar que la prescripción operó de manera parcial, esto es, en lo que tiene que ver con el reajuste de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al 12 de julio de 2013 en el caso de la accionante ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ; sin embargo, no afectó el auxilio de cesantías reconocido a los demandantes.

2.7. De las costas:

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA¹¹, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso¹², establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que

¹⁰ Sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo, Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016,

¹¹ **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹² **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, como quiera que se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que están debidamente acreditadas en el plenario con los gastos ordinarios del proceso en que incurrieron los demandantes (gastos de notificación – fl. 81 anexo) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del reciente criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá¹³, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del CGP una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹⁴.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO configurada la **prescripción**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que operó el silencio administrativo negativo con relación con los recursos de apelación interpuestos el **29 de enero de 2016, 11 de marzo de 2016 y 9 de septiembre de 2016** por el apoderado de los demandantes ante la entidad accionada, conforme a las motivaciones precedentes.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

¹⁴ Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 11 de julio de 2017 (fl.20)

TERCERO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto, la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", consignada en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de los **oficios DESTJ15-3033** del 3 de diciembre de 2015, **DESTJ16-80** del 21 de enero del 2016, **DESTJ16-324** del 9 de febrero del 2016, **DESTJ16-2114** del 11 de agosto de 2016, proferidos por la RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-SALA ADMINISTRATIVA- DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA y de los **actos fictos o presuntos configurados con ocasión del silencio administrativo negativo** de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL con relación a los recursos de apelación interpuestos contra dichos actos, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que **RELIQUIDE** todas las prestaciones sociales devengadas por los señores demandantes **HUGO HERNANDO BORDA BORDA, OLGA TULIA CURREA RIOS, FERNANDO ARIAS GARCÍA, BERNARDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO LEÓN GARCIA PEÑA, RUBIEL ALEJANDRO MUNEVAR LÓPEZ, SONIA YANETH RINCÓN SUESCÚN y ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ,** desde el 1º de enero de 2013 en adelante, **por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral,** incluyendo como factor salarial dentro de la base de liquidación, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013.

SEXTO: CONDENAR a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a **PAGAR** a los demandantes, así:

- **HUGO HERNANDO BORDA BORDA - OLGA TULIA CURREA RIOS - FERNANDO ARIAS GARCÍA - BERNARDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ - GUILLERMO LEÓN GARCIA PEÑA - RUBIEL ALEJANDRO MUNEVAR LÓPEZ - SONIA YANETH RINCÓN SUESCÚN** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral.**
- **ANA LUCÍA DÍAZ JIMÉNEZ,** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación

ordenada, **que se hayan hecho exigibles** desde el **12 de julio de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral**, en atención a la prescripción trienal de las causadas con anterioridad.

Las diferencias que resulten de la reliquidación del auxilio de cesantías no están afectadas por el término de prescripción, tal como explicó en las motivaciones precedentes.

SÉPTIMO: Las anteriores sumas deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

OCTAVO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

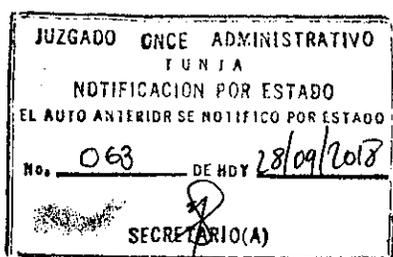
NOVENO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría conforme al artículo 366 del CGP.

DECIMO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: CLAUDIA MARITZA SARMIENTO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00112 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda (fl. 10-20):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, los ciudadanos CLAUDIA MARITZA SARMIENTO RODRÍGUEZ, DARIO MENDIETA PEREZ, PAOLA ANDREA NAUSAN ARCINIEGAS, MAURICIO PARRA GACHAGOQUE, JOSÉ ALDEMAR JAIMES QUINTERO, VALENTÍN LÓPEZ LÓPEZ, JAIRO HERNANDO LÓPEZ LÓPEZ, SANDRA LILIANA VELANDIA ALFONSO y JOHANA ROCIO GONZALEZ PARRA, a través de apoderada judicial interpusieron demanda contra la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solicitando se declare excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decretos 382 del 6 de marzo de 2013, expedido por el Gobierno Nacional.

Solicitan que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016, por medio del cual se negó la reliquidación prestacional con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la entidad accionada a reconocerle, liquidarle y pagarle todas las prestaciones sociales y demás emolumentos, que se liquiden con base en el salario, incluyendo la bonificación judicial como factor salarial, a partir del 1º de enero de 2013, hasta la fecha y en las que a futuro se causen. Agrega que en adelante deberá incluirse el concepto de

bonificación judicial en la nómina de los demandantes como parte integral del salario para todos los efectos jurídicos.

Finalmente, pide que las sumas a reconocer sean indexadas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, que se ordene el pago de intereses corrientes y/o moratorios, y que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- Normas violadas y concepto de violación:

Señala que con la expedición del acto acusado se desconocieron garantías fundamentales estipuladas en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, que consagran, entre otros, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el respeto de los derechos adquiridos, de la norma más favorable y de los principios mínimos fundamentales. Señala como normas violada el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas concordantes.

Invoca como causal de nulidad la genérica de violación a la Constitución y ley, advirtiendo que **i)** la bonificación judicial debe hacer parte integral del salario, tal y como se desprende de la interpretación más favorable del artículo 127 del C.S.T.; **ii)** lo que determina si un emolumento debe ser considerado como factor salarial es que sea percibido de manera periódica y como contraprestación directa del servicio y; **iii)** que la nivelación salarial acordada con el Gobierno Nacional desconoce abiertamente las disposiciones laborales y la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que solo se reconoció la bonificación judicial como factor salarial a efectos de liquidar salud y pensión, pero no para liquidar prestaciones sociales de los empleados de la Fiscalía General de la Nación.

2. Contestación de la demanda y tesis de la demandada (fl.70-87):

Se advierte que como quiera que la entidad accionada contestó la demanda de manera extemporánea, no hay tesis alguna que plantear al respecto.

3. Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar de conclusión (fl. 180) dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 10 de abril de 2018, las partes se pronunciaron así:

3.1.- La Nación – Fiscalía General de la Nación (fl.193-204). Mediante escrito presentado el 20 de abril del 2018 argumenta que la bonificación judicial establecida en el decreto 382 de 2013, responde a un proceso de negociación adelantado con los representantes de las agremiaciones sindicales de la rama judicial, quienes estuvieron de acuerdo con su

naturaleza de factor salarial únicamente para la "base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud", razón por la cual la nulidad que se reclama implica el desconocimiento del Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el acta No. 25 del 8 de enero de 2013. Advierte que la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal, al aplicar el Decreto 0382 de 2013, el cual, goza de plena presunción de legalidad y por ende es de obligatorio cumplimiento, sin que pueda acudirse a su interpretación, y menos aún, a su inaplicación.

3.2.- La parte actora (fl. 191-192). Se pronunció mediante escrito allegado el 11 de abril de 2018, reiterando los fundamentos de hecho y pretensiones, en atención a la naturaleza salarial que debe reconocerse a la bonificación judicial a efectos de liquidar las prestaciones sociales.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar si resulta procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y, ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

En consecuencia, deberá establecer:

- La legalidad del acto administrativo contenido en el **Oficio DS-25-12-4 de fecha 16 de diciembre de 2016** por medio del cual la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN negó el reconocimiento de la bonificación judicial creada mediante Decreto 382 de 2013, como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales de los demandantes.

- Si resulta procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y, ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes a partir del 1º de enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO:

2.1.- De la bonificación judicial -Decreto 382 de 2013-

En ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso de la República por conducto de la Constitución Política de Colombia en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f); se profirió la Ley 4ª de 1992, que en lo que aquí interesa, se encargó de fijar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Pues bien, en desarrollo de los preceptos generales contenidos en la Ley 4ª de 1992, el presidente de la República de Colombia expidió el Decreto 382 de 2013 *"por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones."*

Dicha bonificación judicial fue instituida con efectos jurídicos particulares, pues se previó que su reconocimiento sería **i)** solo para aquellos servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993 y que vienen rigiéndose por el Decreto 875 de 2012; **ii)** de carácter mensual; **iii)** a partir del 1º de enero de 2013; y **iv)** que constituiría únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En la misma disposición se fijó el monto exacto que se pagaría por concepto de la bonificación judicial, hasta el año 2018; siendo este el único aspecto que ha sido objeto de modificación por parte del Ejecutivo al expedirse los Decretos 22 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016, 1015 de 2017 y 341 de 2018, en los que se varió el monto de dicho emolumento para los años 2015 a 2018. Por su parte, la naturaleza jurídica y las demás características de la bonificación judicial previstas en el Decreto 382 de 2013, se mantuvieron incólumes.

2.2.- Del concepto de salario.

En los términos del artículo 1º del Convenio 095 de la OIT¹, *"salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."*

Por su parte, la legislación colombiana desarrolló la anterior concepción, estableciendo que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como

¹ Constitución Política. **ARTICULO 53.** (...) Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...). Este tratado fue integrado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1962. Con posterioridad, la Corte Constitucional le reconoció jerarquía dentro del bloque de constitucionalidad en la Sentencia 5U-995 de 1999.

contraprestación directa del servicio, independientemente la forma o denominación en que se adopte (art. artículo 127 C.S.T.).

Sobre este punto, ha precisado la Corte Constitucional que *"Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que **constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como 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 (...)"*² (Resalta el Despacho).

Siguiendo esta línea argumentativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, determinó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

*"(...) El **salario** (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)"*. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) *"constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, **sino todo lo que recibe el trabajador** en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."* En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que *"además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que **habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.**" (...)*

*Según el artículo 42 ibídem son **factores de salario**, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)"*.

² Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2.3.-De la negociación colectiva de empleados públicos.

Se trata de un derecho consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, que comprende lo siguiente: "*Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la Ley. (...) Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo*"; y cuyo contenido debe ser interpretado de manera armónica con los mandatos referidos en los convenios 151 y 154 de la OIT, que hacen parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional se refirió al alcance del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, al analizar la constitucionalidad de las limitaciones impuestas, a través de los artículos 414 y 415 del C.S.T., en relación con la posibilidad de presentar pliegos de peticiones, suscribir convenciones colectivas y, acudir al derecho a la huelga; así:

*"Tratándose de negociaciones colectivas con los sindicatos de empleados públicos, debe tenerse en cuenta que si bien la negociación no es plena, porque se entiende que la decisión final le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución (es decir, en el ámbito nacional al Congreso y al Presidente de la República, y en el ámbito territorial, a las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes), esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. **En tales instancias, el Estado-empleador tiene la obligación no sólo de recibir las peticiones, consultas o los reclamos hechos a través de la organización sindical de los empleados públicos, sino de oír y adoptar todos los procedimientos encaminados para que las autoridades que son en últimas las que toman las decisiones, evalúen los derechos que reclaman los servidores del Estado y se pueda adoptar una solución en lo posible concertada y que favorezca los intereses de las partes y del país.**"³ (Resalta el Despacho).*

Y en tal sentido, fueron previstos otros medios que garantizaran la concertación en las condiciones de trabajo de las organizaciones sindicales de empleados públicos, a través de la expedición del Decreto 535 de 2009, que reglamentó el artículo 416 del CST, en el que se fijaron las condiciones, instancias, procedimiento y etapas de la concertación laboral. De igual

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1234 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

forma, se precisó que el cierre de la concertación, se materializaba cuando la administración expedía los actos administrativos a que hubiere lugar o emitía la respuesta motivada de las razones por las cuales no se accede a la petición.

2.4.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.

Cuando en un caso concreto se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la reproducción de los efectos de una norma contraria la Carta Política, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-122 de 2011:

*"...La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. **En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución...**" (Resalta el Despacho)*

Ahora bien, partiendo de la base de la supremacía del texto constitucional, se deriva la existencia de una condición jerárquica del sistema jurídico, que en todo caso debe presidir el ejercicio de la función administrativa, así es que ante la incompatibilidad entre un acto administrativo y la ley, cuando atañe a asuntos no sujetos a modificación por vía de reglamentación, el operador jurídico también está habilitado para inaplicarlo. En torno a la procedencia de la excepción de ilegalidad, la Corte Constitucional señaló:

*"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la***

posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.”(Resalta el Despacho).

En consonancia con la anterior interpretación, se consagró en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, el control por vía de excepción en los procesos que se adelantan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que *"el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...) La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."*

2.5.- CASO CONCRETO:

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que los demandantes han prestado sus servicios en la Fiscalía General de la Nación, así (fl.177 vto.-178):

DEMANDANTE	FECHA ÚLTIMO INGRESO Y ESTADO FECHA ÚLTIMO INGRESO Y ESTADO VINCULACIÓN CON CORTE A 6 DE MARZO DE 2018
CLAUDIA MARITZA SARMIENTO RODRÍGUEZ	27/JUL/1998 - ACTIVO
DARIO MENDIETA PEREZ	01/AGO/1994 - ACTIVO
PAOLA ANDREA NAUSAN ARCINIEGAS	01/AGO/2013 - ACTIVO
MAURICIO PARRA GACHAGOQUE	01/ENE/2012 - ACTIVO
JOSÉ ALDEMAR JAIMES QUINTERO	01/NOV/2007 - ACTIVO
VALENTÍN LÓPEZ LÓPEZ	01/JUL/1992 - ACTIVO
JAIRO HERNANDO LÓPEZ LÓPEZ	10/AGO/2006 - ACTIVO
SANDRA LILIANA VELANDIA ALFONSO	06/FEB/2012 - ACTIVO
JOHANA ROCIO GONZALEZ PARRA	10/FEB/2005 - ACTIVO

- Que los demandantes pertenecen al régimen salarial y prestacional señalado en los Decretos 53 de 1993 -acogidos- (fl.177).
- Que los accionantes han percibido la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, desde el mes de enero del año 2013, y para el caso de PAOLA ANDREA NAUSAN ARCINIEGAS, desde la fecha de su

vinculación, según se desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente (fl.127-170) y (fl.29-37).

- Que la mencionada bonificación solo se ha tenido en cuenta como factor salarial al momento de efectuar la cotización al sistema de pensión y seguridad social en salud, tal y como se evidencia en los reportes de nómina obrantes en el expediente.
- Que mediante derecho de petición radicado el 29 de noviembre de 2016 (fl.21-24), se solicitó a la entidad accionada la reliquidación prestacional teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, obteniendo respuesta negativa mediante acto administrativo DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016, notificado el día 21 del mismo mes y año (fl.25-28).

En la demanda de la referencia se solicita la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, señalando como causal de nulidad el desconocimiento de las normas en que debieron fundarse, al considerar que el Decreto 382 de 2013 en que se sustentó la negativa, resulta ser inconstitucional e ilegal.

Al respecto, sea lo primero señalar que según las definiciones desarrolladas en precedencia, es claro que la bonificación judicial de que trata el Decreto 382 de 2013, constituye salario, habida cuenta que se pudo comprobar que dicha retribución ha sido percibida por los demandantes de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, pues en efecto, fue producto de una nivelación salarial, sin que obedezca a la mera liberalidad del empleador; tan es así, que sobre dicho valor se efectúan cotizaciones mensuales dirigidas al Sistema Seguridad Social en Pensiones, lo que significa que dicha bonificación se verá reflejada en el monto de su pensión, la cual, ha señalado la Corte Constitucional, "*constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo*"⁴. Así entonces, el hecho de que la pensión de vejez de los accionantes se consolide teniendo como ingreso base de liquidación todos los factores que retribuyen a sus servicios-incluyendo la bonificación judicial- y de manera consecuente integran el concepto de salario, es otro argumento del cual se deriva el carácter salarial de la bonificación que nos ocupa.

Precisado lo anterior, señala el Despacho que el Decreto 382 de 2013 fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades administrativas conferidas por el legislador a través de la ley marco o cuadro -Ley 4ª de 1992-.

Frente al alcance de dicha prerrogativa, la Corte Constitucional ha señalado que "*En efecto, el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso –como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije al legislador.”⁵. De la misma manera, señala el tratadista Manuel Fernando Quinche Ramírez que “Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos.”⁶

Así las cosas, resulta claro que el Ejecutivo en su actividad reglamentaria, se encuentra sujeto a los parámetros y objetivos generales previstos en la ley que lo autoriza; por lo que en este caso, es evidente que existió extralimitación en las facultades conferidas para modificar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, transformando de manera arbitraria la naturaleza de la bonificación judicial, al haberla despojado tácitamente de su carácter salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, cuando señaló que constituiría factor salarial únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones.

Conforme a lo anterior, y en atención a la escala normativa colombiana, precisa el Despacho que el Decreto 382 de 2013, debió expedirse, en primer lugar, bajo los criterios y objetivos fijados en la Ley marco que desarrolló, esto es, la Ley 4ª de 1992, y además, de manera imperativa con arreglo a los derechos laborales considerados como fundamentales en la Constitución Política de Colombia.

Concretamente, el Ejecutivo desconoció los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y de primacía de la realidad sobre las formas, establecidos en el artículo 53⁷ de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2º de la propia Ley 4ª de 1992, relativo a que “(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*” (principio de progresividad), pues con la expresión que aquí se cuestiona, se introdujo una desmejora prestacional.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ En: Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Capítulo XI La Función Ejecutiva. Los decretos de contenido administrativo. Pág.446. Cuarta edición.

⁷ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

En asunto de similares contornos, en donde los servidores de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación reclamaban que la prima especial del treinta por ciento (30%) se incluyera como factor de liquidación de sus prestaciones sociales; el Consejo de Estado estableció su carácter salarial con fundamento en que *"la **interpretación correcta** que se debe hacer del Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y de sus Decretos reglamentarios es aquella que sea acorde con los principios constitucionales, en especial, los de **progresividad y favorabilidad**. En esas condiciones, esta Sala entiende que la prima especial a que se refieren dichas normas debe ser un **incremento** y no una disminución de la remuneración básica de los servidores señalados en las mismas, entre ellos, los Jueces de la República..."* (Negrilla y subrayas del texto original)⁸

Como consecuencia de lo antes expuesto, para el *sub lite*, se dispondrá la inaplicación de la expresión *"constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"* contenida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, por resultar incompatible con las garantías previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y con el principio de progresividad contenido en el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992.

En suma, como quiera que la expedición de los actos demandados se fundó en una norma que en el presente caso será inaplicada parcialmente por ser inconstitucional e ilegal, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos enjuiciados, y en consecuencia, procede el Despacho a declarar su nulidad, como quiera que de acuerdo al marco jurídico esbozado y los elementos probatorios obrantes en el expediente, **a los demandantes les asiste el derecho a que las prestaciones sociales previstas en su régimen, sean reliquidadas incluyendo en su base de liquidación la bonificación judicial creada por virtud Decreto 382 de 2013, desde el 1º de enero de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral.**

Finalmente, señala la entidad accionada que el carácter salarial de la bonificación judicial fue definido a través de una negociación colectiva que quedó consignada en el Acuerdo del 6 de noviembre de 2012 y el Acta No.25 de 8 de enero de 2013, y que, por ese motivo, no podía ser objeto de modificación.

Al respecto, es del caso precisar, que no es de recibo dicho argumento, pues como se explicó en la parte motiva, las negociaciones colectivas que se llevan a cabo con los sindicatos de empleados públicos tienen un alcance

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sala de Conjuces. Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez Ruiz. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Expediente No. 41001-23-31-000-2003-01075-01. Actor: José Miller Lugo Barrero. Autoridades Nacionales.

más restringido, que las realizadas por los trabajadores del sector privado; y ello es así, porque en últimas quién debe fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, es el Estado como empleador, pues si bien, debe atender las peticiones o reclamos provenientes de los trabajadores, la decisión al respecto se expedirá de manera unilateral, la cual, en ningún caso-*ni producto de concertación o por imposición-*, habilita al Ejecutivo a expedir normas contraviniendo los objetivos y criterios que el legislador previó como límites a efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado. De igual manera, se resalta que aquellos pactos sobre derechos laborales que resulten contrarios a la Constitución y a la Ley, por virtud del principio de primacía de la realidad y prevalencia del derecho sustancial, resultan ineficaces de pleno derecho.

2.6. Prescripción

Precisa el Despacho que este medio exceptivo no fue propuesto por la entidad accionada; sin embargo, el juez de instancia está facultado para abordar el estudio de las excepciones que encuentre probadas al momento de emitir fallo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA que prevé que ***"en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada"*** (resalta el despacho).

Así entonces, como se accede a la reliquidación, advierte el Despacho que, en materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969, que disponen: ***"Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible"***. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: ***i)*** el simple reclamo escrito del empleado, ***ii)*** presentado ante la autoridad competente, e ***iii)*** identificando el derecho o prestación reclamado.

❖ En el presente caso, se advierte que la solicitud de reliquidación de las prestaciones sociales, fue presentada de manera conjunta por todos los demandantes, el día **29 de noviembre de 2016** (fl.21-24); por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo afectó las diferencias de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al **29 de noviembre de 2013**.

❖ Debe precisarse que no ocurre lo mismo, en relación con la **prescripción del auxilio de cesantías**, pues frente a esta prestación, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su criterio, señalando que ***"mientras subsista el vínculo laboral, pese a que se hagan pagos parciales o se consignen anualmente a la cuenta de ahorro individual en el***

respectivo fondo administrador, **tal liquidación no es definitiva pues solo adquiere este carácter cuando termina la relación laboral es decir, cuando el empleado queda cesante, momento en el cual se efectúa la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación. Por esta razón concluyó que mientras esté vigente el vínculo no existe prescripción al derecho al auxilio de cesantías.**⁹ (Resalta el Despacho).

Pues bien, en el *sub examine* se advierte que a la fecha de presentación de la demanda -11 de julio de 2017 -fl.20-, los demandantes se encontraban en servicio activo (fl.177,vto.-178); por consiguiente, **no operó la prescripción de dicho derecho reclamado.**

En suma, es del caso señalar que **la prescripción operó de manera parcial**, esto es, en lo que tiene que ver con el reajuste de las prestaciones sociales que fueron exigibles con anterioridad al **29 de noviembre de 2013**; sin embargo, no afectó el auxilio de cesantías reconocido a los demandantes.

2.7.- De las costas:

Conforme a lo indicado en el artículo 188 del CPACA¹⁰, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo expresamente al Código General del Proceso para efectos de su liquidación y ejecución.

Al efecto, el artículo 365 del Código General del Proceso¹¹, establece que la condena en costas -a la parte vencida- se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Luego, como quiera que se requiere fundamentar la imposición de costas en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 18

⁹ Sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo, Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016,

¹⁰ ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹¹ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se le reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

de enero de 2018, dirá el Despacho que están debidamente acreditadas en el plenario con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió la parte actora (gastos de notificación – fl. 54 anexo) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara sus intereses en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del reciente criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá¹², la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del CGP una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹³.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO configurada la **prescripción**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso concreto, la expresión "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", referida en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. DS-25-12-4 de 16 de diciembre de 2016, proferido por la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – SUBDIRECCIÓN DE APOYO A LA GESTIÓN SECCIONAL BOYACÁ, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN que **RELIQUIDE** todas las prestaciones sociales devengadas por los señores **CLAUDIA MARITZA SARMIENTO RODRÍGUEZ, DARIO MENDIETA PEREZ, PAOLA ANDREA NAUSAN ARCINIEGAS, MAURICIO PARRA GACHAGOQUE, JOSÉ ALDEMAR JAIMES QUINTERO, VALENTÍN LÓPEZ LÓPEZ, JAIRO HERNANDO LÓPEZ LÓPEZ, SANDRA LILIANA VELANDIA ALFONSO y JOHANA ROCIO GONZALEZ PARRA**, desde el **1º de enero de 2013 en adelante**

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio.

¹³. Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 – Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 11 de julio de 2017 (fl.20)

por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral, incluyendo dentro de la base de liquidación, la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013.

QUINTO: CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a **PAGAR** de los demandantes **CLAUDIA MARITZA SARMIENTO RODRÍGUEZ, DARIO MENDIETA PEREZ, PAOLA ANDREA NAUSAN ARCINIEGAS, MAURICIO PARRA GACHAGOQUE, JOSÉ ALDEMAR JAIMES QUINTERO, VALENTÍN LÓPEZ LÓPEZ, JAIRO HERNANDO LÓPEZ LÓPEZ, SANDRA LILIANA VELANDIA ALFONSO y JOHANA ROCIO GONZALEZ PARRA,** las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, **que se hayan hecho exigibles** desde el **29 de noviembre de 2013 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y en que se cause la prestación, hasta la finalización de su vínculo laboral,** en atención a la prescripción trienal de las causadas con anterioridad. Las diferencias que resulten de la reliquidación del auxilio de cesantías no están afectadas por el término de prescripción, tal como explicó en las motivaciones precedentes.

SEXTO: Las anteriores sumas deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificado por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

SÉPTIMO: Las sumas ordenadas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

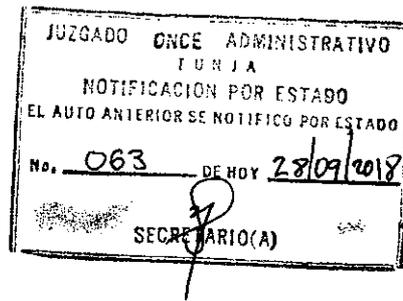
OCTAVO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría conforme al artículo 366 del CGP.

NOVENO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: ELIZABETH RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES -COLPENSIONES-
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00190 - 00
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- DEMANDA (fl. 2-12):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, la señora **ELIZABETH RINCÓN**, solicita se declare la parcial de la **Resolución No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015** y la nulidad de las **Resoluciones No. GNR 348942 del 5 de noviembre de 2015** y **VPB 8985 del 23 de febrero de 2016**, mediante las cuales COLPENSIONES reliquidó su pensión de jubilación y resolvió los recursos interpuestos en sede administrativa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho reclama la reliquidación pensional con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, el pago de los ajustes de valor sobre las diferencias de las mesadas adeudadas y que se ordene el cumplimiento del fallo conforme a los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.

1.1.- Normas violadas y concepto de violación:

Sostiene que los actos acusados vulneran las garantías contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, así como la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1978 y la Ley 100 de 1993, entre otras.

Argumenta la demandante que se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1º

de abril de 1994 tenía 39 años de edad. Razón por la cual su pensión de jubilación debe ser liquidada teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de servicios y no conforme al Decreto 1158 de 1994 ni conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 aplicadas por la demandada. Expone que al reliquidarse la prestación con lo devengado durante los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año de servicios se desconoce el principio de favorabilidad y vulnera las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.

2.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA DEMANDADA (fl. 71-86):

Se opone a las pretensiones de la demanda señalando que el IBL que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de la actora es el establecido en la Ley 100 de 1993; es decir el promedio de los salarios que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional durante los últimos diez (10) años de servicios o por el tiempo que le hiciera falta (art. 21), y no el promedio de lo devengado en el último año como se solicita con la demanda.

Lo anterior, como quiera que según las interpretaciones emanadas de la Corte Constitucional, contenidas principalmente en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017 **i)** el IBL no fue un aspecto sometido a transición, **ii)** para establecer el monto pensional solo se deben tener en cuenta los conceptos que han servido de base para el pago de aportes a seguridad social, y **iii)** si bien el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes se encuentren dentro del régimen transición tienen derecho a la aplicación de las normas anteriores a ésta, tal remisión es solo para efectos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, no así para el IBL y los factores salariales, que fueron aspectos regulados expresamente en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994. Expuso que no puede ser modificada la fecha de efectividad pensional, por cuanto el empleador realizó aportes hasta el 1º de diciembre de 2012.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el pasado 24 de julio (fl. 170), la **parte demandante** se pronunció en los siguientes términos:

Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2018, la parte actora se ratificó en los argumentos de la demanda y resaltó que al estar la actora amparada por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, debe reliquidarse su pensión de jubilación con el promedio de los factores devengados en el último año de servicios, debidamente certificados por el empleador y darse aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 mediante la cual el Consejo de Estado señaló que los factores enlistados en el artículo 3º

de la Ley 33 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos (fl. 181-183).

La **entidad demandada** no presentó escrito de alegatos.

El Delegado del Ministerio Público, en **concepto** allegado el 31 de julio de los cursantes solicitó negar las pretensiones de la demanda, relacionadas con la reliquidación pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por ser incompatibles con la actual jurisprudencia de unificación sentada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según la cual el IBL en casos como el presente corresponde al promedio de los factores cotizados durante los últimos diez (10) años de servicios. Sostiene que al estar la actora cobijada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse que la normativa anterior –Ley 33 de 1985– rige su situación pensional sólo en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto de la pensión; no así frente a los demás aspectos que fueron regulados expresamente por la Ley 100 de 1993. (fl. 172-180).

II. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como se advirtió en la fijación del litigio, corresponde al Despacho efectuar el análisis de legalidad de las Resoluciones No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015, GNR 348942 del 5 de noviembre de 2015 y VPB 8985 del 23 de febrero de 2016; y consecuentemente, determinar si la demandante ELIZABETH RINCÓN es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cuál es el ingreso base de liquidación que resulta aplicable para la liquidación de su pensión de jubilación.

Para tales efectos, se hará alusión a la aplicación y alcance de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU 395/17, entre otras invocadas por la demandada; así como a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado respecto de la interpretación y aplicación del régimen de transición invocado en el libelo introductorio.

A efectos de dilucidar el problema jurídico, el Despacho avizora que en virtud de los **recientes pronunciamientos jurisprudenciales** emanados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se cambiará la postura hasta ahora sostenida en casos de similares supuestos fácticos y jurídicos. Por lo cual, se abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

2.1.- Tesis del Despacho en casos análogos.

Frente al objeto de la controversia, esto es, el ingreso base de liquidación – IBL- que debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en anteriores pronunciamientos este Estrado Judicial venía sosteniendo que a dichos sujetos les era aplicable el régimen pensional al que se encontraban afiliados con anterioridad a la expedición de dicha norma. Es decir, que para el caso de los servidores públicos, las normas anteriores aplicables eran las Leyes 33 y 62 de 1985 en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto pensional.

Si bien los fondos pensionales argumentaban con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ que **el IBL no fue un aspecto sometido a transición**; el Despacho en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado² –órgano vértice de ésta Jurisdicción-, sostenía que la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al “**monto**” del régimen anterior a ésta, **comprendía tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquida la prestación** y en cuanto a los factores base de liquidación seguía la posición contenida en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, sin que se impidiera la inclusión de otros emolumentos que no hubieran sido objeto de aportes para pensión, devengados habitual y periódicamente durante el último año de servicios.

Ahora, en lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 este Despacho se abstenía de aplicar las mismas en casos como el presente, como quiera que en la primera de ellas se refirió la Corte a un régimen especial y distinto como lo es el contenido en la Ley 4ª de 1992 y las restantes eran sentencias de tutela con efectos inter partes que no tenían fuerza vinculante y que además, la sentencia SU-427 hacía alusión a los casos de abuso del derecho³, lo que no se presentaba en los conflictos analizados en su momento.

2.2.- Tesis reciente expuesta por la Corte Constitucional.

Tal como se señaló en precedencia, el Despacho se había abstenido de dar aplicación a los pronunciamientos del Máximo Tribunal Constitucional justificando las razones por las cuales se apartaba de las interpretaciones contenidas en sentencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016. Sin embargo, en reciente sentencia **SU-395 de 2017**, dicho órgano analizó si providencias judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si en virtud de éste debe aplicarse el

¹ Especialmente Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Exp. 470/99. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. - Sentencia del 9 de julio 2009. C.P. Dra Bertha Lucía Ramírez. Exp: 0208-2007. - Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado. Exp: 0112-2009. - Sentencia del 09 de febrero de 2017. Rad.: 2500023420002D1301541 01. M.P. César Palomino Cortés.

³ Siguiendo las subreglas esbozadas en jurisprudencia del Consejo de Estado: Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Rad.: 2500023420002D1301541 01. M.P. César Palomino Cortés. - Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Rad.: 11601-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández. - Sección Quinta. Sentencia de Tutela. 23 de marzo de 2017. Rad.: 11001031500020160336601. C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

concepto de “monto pensional” establecido en la legislación anterior y zanjó las discusiones presentadas en torno al IBL aplicable a los beneficiarios de tal régimen, concluyendo que **el IBL que cobija dichas situaciones pensionales es el contenido en artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 ibídem, que corresponde al promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez años de servicios; que las razones de la decisión allí contenidas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades judiciales y que su desconocimiento se configura en causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**, por ser la Corte Constitucional el Máximo intérprete autorizado de la norma constitucional y de las normas que refieren a la aplicación de derechos fundamentales; sin importar que se trate de sentencias proferidas en sede de control concreto o de control abstracto de constitucionalidad.

Sobre el punto, luego de citar el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ expresó la Corte que dicho precepto:

“(…) permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994⁵), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

(i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1º de abril de 1994.

(ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1º de abril de 1994.

(iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1º de abril de 1994.

4 “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les faltare para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidían cambiarse al de prima media con prestación definida. Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos. PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

5 Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

*De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos⁶, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) **el monto de la pensión de vejez**⁷.”
(Negrita fuera de texto)*

Establecido lo anterior, señaló la Corte que las discusiones suscitadas y la disparidad de interpretaciones a nivel doctrinario y jurisprudencial se han presentado en lo que refiere al **“monto pensional”** y a la acepción que de dicho concepto se ha tenido a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen transicional aquí estudiado. Al respecto, explicó:

*“8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y **si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen**, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁸, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, **inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**⁹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión¹⁰. No obstante, **la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el***

6 Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. Cfr. Sentencia SU-130 de 2013.

7 Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1º de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4º de dicha disposición determinó que “[e]l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.” (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5º del mismo artículo estableció que, “[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”. (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres, u 40 o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide cambiarse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

8 M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

9 Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

10 Ídem.

tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios¹¹.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, **los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación**, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

(...) 8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación**¹².” (Negrita y subraya fuera de texto)

En suma, a través de la sentencia en cita el Tribunal Constitucional se refirió en concreto frente al IBL aplicable a las pensiones adquiridas con ocasión del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando como regla interpretativa conforme a los principios de solidaridad y equidad, así como para evitar la configuración de abuso del derecho y fraude al sistema pensional, que el IBL aplicable en tales casos no es otro que el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de prestación de servicios.

Como se señaló *ut supra*, los anteriores planteamientos han sido acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ en distintas providencias, en una de ellas – Exp.: 2016 00015 01- se señaló:

“Vale la pena precisar que con fundamento en la sentencia SU-395 de 2017 proferida por el órgano de cierre constitucional la Sala Plena de esta Corporación ha modificado la posición jurídica bajo la cual venía atendiendo el precedente del H. Consejo de Estado, y en su lugar adopta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en el sentido de precisar que el Régimen de Transición conlleva la aplicación del monto,

11 Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

12 Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

13 Entre otras: Sentencia del 2 de febrero de 2028. Exp: 150813333012281600087-01. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas. - Sentencia del 23 de febrero de 2018. Exp: 150013333004201600018-01. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez. - Sentencia del 14 de agosto de 2018. Exp: 157593333801201600015-01. M.P. Dr. José Ascensión Fernández. - Sentencia del 15 de agosto de 2018. Exp: 150012333000201680288-01. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados. - Sentencia del 28 de agosto de 2010. Exp: 150013333001201500046-01. M.P. Dr. Fabio Iván Afanador.

edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, por lo que deben aplicarse las disposiciones de la Ley 100 para las demás condiciones y requisitos establecidos para el acceso a la pensión de jubilación, esto es, el periodo de tiempo y los factores computables para la determinación del IBL.”.

2.3.- Tesis unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Si bien el órgano vértice de ésta jurisdicción – través de la Sección Segunda y vía acción de tutela en algunas de las demás secciones- venía dando aplicación a la ya citada sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y reiteraba que el IBL sí fue un aspecto objeto del régimen de transición como quiera que dicho aspecto se encontraba contenido dentro del concepto de “monto” a que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que los beneficiarios del régimen tenían derecho a la liquidación de su pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores que constituyan salario devengados durante el último año de prestación de servicios; lo cierto es que en **sentencia del 28 de agosto de 2018**¹⁴ la **Sala Plena** de la Corporación unificó el criterio de interpretación en cuanto a la controversia señalada.

En efecto, la Corporación estudió si conforme al pluricitado régimen de transición el **periodo de liquidación del IBL** corresponde al último año de servicios, ó a los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta al trabajador para adquirir su derecho. Así mismo, se analizó si los **factores para establecer el IBL** deben ser todos los que constituyan salario o los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional. Puntos sobre los cuales, luego de hacer referencia a la disparidad de criterios interpretativos y a los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, fijó las siguientes reglas interpretativas:

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

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

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

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018. Exp. 52091-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés.

- 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. (...)

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. (...)

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente

recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

En suma, es evidente que siguiendo, en términos generales, la posición sentada por la Corte Constitucional, en la citada sentencia de unificación advierte el Consejo de Estado que el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, **ya no es el correspondiente al del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios**, sino que deben observarse las siguientes situaciones: **i)** si al trabajador le hiciere falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, el IBL será el promedio de dicho periodo o el de todo el tiempo cotizado, escogiendo el que resulte superior; y **ii)** si al trabajador le hiciere falta más de diez (10) años para la consolidación del derecho, el IBL no podrá ser otro que el promedio de los factores **objeto de cotización** durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, pues así lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, resaltó la Sala Plena de la Corporación, que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones **“tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política¹⁵. Por lo tanto, su**

15 La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016, reafirmó dicha tesis al expresar lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 85 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.”.

De igual forma, advirtió que la aplicación de las reglas jurisprudenciales allí sentadas tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

2.4.- Conclusiones:

El análisis de las posiciones jurisprudenciales anteriormente descritas permite al Despacho extraer las siguientes conclusiones en aras de establecer premisas para la resolución del caso concreto:

* Es claro que las posiciones sentadas tanto por el Máximo Tribunal Constitucional como por el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de las citadas sentencias de unificación, indican que el IBL que debe ser aplicado a las pensiones de jubilación a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no corresponde al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios con independencia de si aquellos factores fueron objeto de cotización**. Sino que, como lo advierte la Corte Constitucional, aquel equivale al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes para pensión, devengados durante los diez (10) últimos años de prestación de servicios. Tesis asumida también por el Consejo de Estado, pero matizada en los eventos en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 al trabajador le hicieren falta menos de diez (10) años para la consolidación de su derecho; caso en el cual, el IBL será el del periodo de tiempo faltante para la adquisición del derecho pensional.

* Las providencias judiciales de unificación antes señaladas se constituyen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento que debe ser acogido por las autoridades judiciales, pues como lo expuso la Corte en la sentencia SU-395 de 2017:

"(...) es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

*Habiendo quedado sentado todo lo anterior, no cabe duda de que **la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de las***

sentencias de tutela o de constitucionalidad, adquiere carácter vinculante para todos los casos que comportan identidad de supuestos fácticos y/o normativos, por lo que su desconocimiento constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (...).

(...)Por esta razón, la interpretación y alcance que se le otorgue a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones."

También expuso el Consejo de Estado, que las reglas y subreglas expuestas en la sentencia de unificación del **28 de agosto** hogaño son de obligatoria observancia por parte de las autoridades judiciales y administrativas –incluso de forma retroactiva- para la solución de los casos pendientes de decisión.

* Tal y como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Sin embargo, en el estudio de exequibilidad de dicha disposición advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 que ello será así, en el entendido de que se aplicarán *"de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia"*.

* En atención a la fuerza vinculante del precedente instituido por la Doctrina Constitucional y en la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación **SU-395 de 2017**, así como en observancia del precedente administrativo ahora instituido en la también sentencia de unificación calendada del **28 de agosto de 2018** emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se fundamenta el cambio de postura anunciado por el Despacho y se dirá que los criterios plasmados en las sentencias judiciales de unificación antes citadas, serán tenidos en cuenta para la solución de los litigios de similares contornos que se encuentren pendientes de decisión y que deban ser decididos a partir de la fecha.

Valga recordar que como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2013: *"ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia. / En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas.*

En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.” (Negrita fuera de texto)

3.- DEL CASO CONCRETO:

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- La demandante nació el **25 de mayo de 1955** (fl. 59)
- Prestó servicios de forma ininterrumpida desde el **1º de enero de 1983** hasta el **31 de julio de 2012** (fl. 47-58).

Lo anterior permite verificar que:

- A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- la demandante tenía aproximadamente 38 años de edad.
- A la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había realizado cotizaciones por más de 750 semanas como se verifica en Certificados de Información Laboral, de Salario Base y de Cotizaciones vistos a folios 51-58 y 139-143. Por ende, como lo reconoce la demandada en los actos acusados, la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición allí previsto.
- En consecuencia, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez (10) años para la consolidación de su derecho pensional en los términos de la Ley 33 de 1985; según la cual, el requisito de **edad** es 55 años, el de **tiempo de servicios** de 20 años y **monto** equivalente al 75%.

Así las cosas, al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que el IBL aplicable a su pensión de jubilación es el equivalente al 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios actualizados anualmente según variación del IPC y conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

Verificado el contenido de los actos acusados, esto es Resoluciones No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015, GNR 348942 del 5 de noviembre de 2015 y VPB 8985 del 23 de febrero de 2016 se corrobora que **la entidad accionada tuvo en cuenta dentro del IBL el promedio de los factores salariales cotizados durante los últimos diez (10) años de prestación**

de servicios, indicados en el Decreto 1158 de 1994 (fl. 29-44), que corresponden fielmente con los Certificados allegados por el empleador (fl. 129-132) y con la Liquidación pensional remitida por COLPENSIONES (fl. 139-151)¹⁶, donde se señala cuáles de los factores devengados fueron objeto de cotización durante los últimos diez (10) años de servicios prestados por la demandante.

Así las cosas, se tiene que la liquidación pensional realizada por la entidad demandada en los actos acusados, se encuentra conforme a derecho y a los parámetros jurisprudenciales reseñados, al haber liquidado la prestación con el promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez (10) años de servicios. En consecuencia, es dable concluir que la demandante, aun cuando sea beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada teniendo en cuenta dentro del IBL el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, con independencia de que no hubieran sido objeto de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social. Razón por la cual, corresponde entonces negar las pretensiones de la demanda relacionadas con dicho aspecto.

A pesar de lo anterior y aun cuando el IBL aplicado a la situación pensional de la actora se encuentra conforme a la jurisprudencia en vigor, precisa el Despacho que la **fecha de efectividad del reconocimiento pensional** no se compadece ni corresponde con la realidad, pues tal y como se encuentra acreditado en el expediente, la actora laboró hasta el **31 de julio de 2012** (fl. 47-58) y mediante Resolución No. 408 del 14 de junio de 2012 (fl. 46) le fue aceptada la renuncia, efectiva a partir del día 1º del mismo mes y año. Razón por la cual, en sana lógica, teniendo en cuenta que la demandante no siguió activa en el servicio, resultaría contrario a derecho y lesivo de sus derechos fundamentales, posponer los efectos fiscales del reconocimiento de la prestación hasta el **2 de diciembre de 2012** como lo determinó la entidad demandada en los actos acusados (fl. 29-44) y no a partir del día siguiente a su retiro como corresponde, pues una vez efectuado el retiro del servicio, lo correcto es que se produzca el ingreso a nómina de pensionados. Lo cual debió ocurrir a partir del 1º de agosto de 2012 y no a partir del 2 de diciembre, pues se le privó a la actora de percibir el emolumento durante los meses de agosto a 1º de diciembre de 2012 sin justificación alguna.

Si bien la demandada expresó en el escrito de contestación que no es posible modificar la fecha de efectividad de la pensión por cuanto la demandante registra cotizaciones hasta el 1º de diciembre de 2012, lo cierto es que dentro del expediente se encuentra debidamente acreditado como se expuso atrás, que la demandante laboró hasta el 31 de julio de 2012 y sólo hasta dicho momento devengó emolumentos por la prestación de sus servicios y se le realizaron descuentos para pensión por tal concepto. Cuenta

¹⁶ Decretados de oficio en audiencia inicial

de ello, dan los Certificados de factores salariales emitidos por la ESE Hospital Regional Valle de Tenza (fl. 129-136). Así mismo, dicha situación fue advertida por la demandante en las peticiones de reliquidación radicadas el 3 de marzo y 10 de septiembre de 2015 (fl. 87-93) donde aclaró que desde su fecha de retiro -31 de julio de 2012- no ha ejercido actividad laboral, que el periodo de doce (12) días cotizados en el mes de agosto de 2012 obedece a una indemnización de vacaciones y que la cotización de un (1) día registrada en el mes de diciembre del mismo año corresponde a un ajuste salarial devengado antes de su desvinculación definitiva.

Lo anterior se corrobora con la Certificación expedida por el Subgerente de la ESE Hospital Regional Valle de Tenza el 3 de febrero de 2015 (fl. 48) donde se advierte que la fecha de retiro de la actora fue el 31 de julio de 2012 y las razones por las cuales se realizaron cotizaciones en el mes de agosto y diciembre de la misma anualidad, las cuales se ven reflejadas en el Reporte de semanas cotizadas en pensiones visible a folio 100 del expediente.

Así, resulta evidente que si a favor de la accionante aparecen cotizaciones en los meses de **agosto y diciembre de 2012**, dichos aportes no indican que aquella estuviere en servicio activo y no obedecen propiamente a salario devengado durante dicho lapso; sino a un pago a su favor por concepto de indemnización de vacaciones y ajuste salarial adeudado, sobre los cuales se hicieron los respectivos aportes para pensión. Luego, la fecha de efectividad de la pensión de la demandante no es el **2 de diciembre de 2012** como erróneamente lo dispuso la demandada en los actos acusados; sino, a partir del día siguiente a su retiro definitivo del servicio; es decir a partir del **1º de agosto de 2012**, como se expuso en precedencia.

En ese sentido, se declarará la **nulidad parcial** del artículo 1º de la Resolución No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015 y la nulidad parcial de las Resoluciones No. GNR 348942 del 5 de noviembre de 2015 y VPB 8985 del 23 de febrero de 2016 **únicamente en lo relacionado a la fecha de efectividad de la pensión, para en su lugar disponer que el reconocimiento pensional cobra efectos a partir del 1º de agosto de 2012.**

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada **modificar la fecha de efectividad** de la pensión de jubilación devengada por la señora **ELIZABETH RINCÓN**, que cobrará efectos fiscales a partir del **1º de agosto de 2012** y como consecuencia de ello, ordenar a la demandada que efectúe el pago de las sumas dejadas de percibir por concepto de las mesadas no pagadas desde la fecha de efectividad pensional aquí ordenada -1º de agosto de 2012- hasta el 1º de diciembre del mismo año -día anterior al reconocimiento efectuado en Resolución No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015.

Las sumas que resulten a favor de la demandante se ajustarán en su valor teniendo en cuenta la fórmula adoptada por el Consejo de Estado y sobre éstas se descontarán las ya canceladas y los descuentos a que haya lugar con destino al Sistema Integral de Seguridad Social.

Así mismo, se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, *"Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código"*.

4. DE LA PRESCRIPCIÓN:

La demandada propuso como excepción de mérito la de prescripción, para que en caso de acceder a las pretensiones se aplique la prescripción de que trata el Decreto 1848 de 1959. Frente a lo cual advierte el Despacho que en materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: **i)** el simple reclamo escrito del empleado, **ii)** presentado ante la autoridad competente, e **iii)** identificando el derecho o prestación reclamado.

Como ya se dijo, se encuentra acreditado que el retiro del servicio de la demandante ocurrió a partir del **31 de julio de 2012** (fl. 48), siendo éste el momento de consolidación de su derecho a solicitar la reliquidación pensional. Luego, teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación fue presentada el **3 de marzo de 2015** (fl. 87-91), cuando habían transcurrido apenas dos (2) años, nueve (9) meses y tres (3) días, y como quiera que la demanda fue interpuesta el **3 de noviembre de 2017** (fl. 12a), concluye el Despacho que en el presente caso no se configura la prescripción de mesadas pensionales.

5. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, si bien corresponde imponer condena en contra de la parte vencida, no pasa por alto el Despacho que la prosperidad de las pretensiones fue parcial y que atendiendo a criterios jurisprudenciales vigentes al momento de interponer la demanda, las pretensiones del libelo introductorio tenían cierta vocación de prosperidad y que la decisión de la litis obedece a sentencias posteriores y al cambio jurisprudencial reseñado con antelación. Por lo cual, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR no configurada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, conforme a lo expuesto en las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del artículo 1º de la **Resolución No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015** y la nulidad parcial de las **Resoluciones No. GNR 348942 del 5 de noviembre de 2015** y **VPB 8985 del 23 de febrero de 2016** por medio de las cuales se reliquida la pensión de jubilación de la señora **ELIZABETH RINCÓN** y se resuelven los recursos de reposición y apelación respectivamente, proferidas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** únicamente en lo relacionado con la fecha de efectividad de la pensión, para en su lugar disponer que el reconocimiento pensional cobra efectos a partir del 1º de agosto de 2012, conforme a las motivaciones expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** **modificar la fecha de efectividad** de la pensión de jubilación devengada por la señora **ELIZABETH RINCÓN**, que cobrará efectos fiscales a partir del **1º de agosto de 2012.**

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de la demandante **ELIZABETH RINCÓN** las **sumas dejadas de percibir** por concepto de las mesadas no pagadas desde la fecha de efectividad pensional aquí ordenada **-1º de agosto de 2012-** hasta el **1º de diciembre** del mismo año –día anterior al reconocimiento efectuado en Resolución No. GNR 253258 del 20 de agosto de 2015. Sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, de acuerdo a la fórmula adoptada por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, 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 esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos

de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

QUINTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** deberá descontar de las anteriores sumas, las ya canceladas y los descuentos a que haya lugar con destino al Sistema Integral de Seguridad Social. Sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

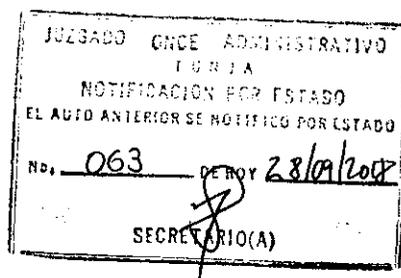
OCTAVO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho según lo antes expuesto.

NOVENO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTE: INSTITUTO NACIONAL DEL VIAS –
INVIAS-**

**DEMANDADOS: OMAR JOSÉ JIMÉNEZ MORENO
JHON GILBER DELGADO GUTIÉRREZ**

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2018 00024 00

**MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO)**

El apoderado de la parte actora solicita como medida cautelar que se ordene el embargo y secuestro sobre los bienes muebles y enseres que se hallen en el inmueble ubicado en la Avenida Norte No. 32-36 del Municipio de Tunja, a fin de garantizar el pago del canon de arrendamiento.

Para resolver la solicitud, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 594 del Código General del Proceso, que señala:

ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. *Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:*

(...) 11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor. (...).

Parágrafo.

Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. *En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia. (...)*

Para resolver la solicitud, debe tenerse en cuenta que los bienes muebles objeto de la medida hacen parte de un inmueble que fue arrendado con una destinación específica, pues según quedó consignado en el contrato de arrendamiento, una de las obligaciones de los arrendatarios, era la de "-a) Destinar el inmueble para VIVIENDA exclusivamente..." (fl. 234), motivo por el cual, y sin que exista prueba de que se haya dado una destinación distinta a la pactada, entiende el Despacho, que los muebles que allí se encuentran constituyen elementos necesarios para la subsistencia de los demandados y sus familias.

En virtud de lo expuesto, en aplicación de lo consignado en el párrafo del artículo 594 del C.G.P., el Despacho negará la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Por lo anterior, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de embargo y secuestro presentada por la parte actora sobre los bienes muebles y enseres que se encuentren en el inmueble ubicado en la Avenida Norte No. 32-36 del Municipio de Tunja, conforme a los motivos expuestos.

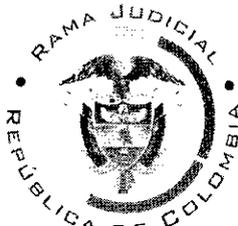
SEGUNDO: Notifíquese por estado electrónico a la parte demandante el presente auto, de conformidad con el párrafo del artículo 295 de la Ley 1564 de 2012, así mismo infórmese de la publicidad del estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SANCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° 063. Hoy 27/9/2018 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTE: INSTITUTO NACIONAL DEL VIAS –INVIAS-
DEMANDADOS: OMAR JOSÉ JIMÉNEZ MORENO**

JHON GILBER DELGADO GUTIÉRREZ

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2018 00024 00

**MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -
RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO-**

Habiéndose asumido el conocimiento del sub examine, corresponde al Despacho pronunciarse respecto de la admisibilidad del medio de control de la referencia.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 5º del artículo 155 y numeral 4º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales-restitución de inmueble arrendado presentó el **INSTITUTO NACIONAL DEL VIAS – INVIAS** en contra de **OMAR JOSÉ JIMÉNEZ MORENO y JHON GILBER DELGADO GUTIÉRREZ**.

SEGUNDO: TRAMITAR conforme al procedimiento previsto en el Título I de la Ley 1564 de 2012 para el proceso contencioso de restitución de inmueble arrendado señalado en el artículo 384 *ibídem*, normatividad aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia a los señores **OMAR JOSÉ JIMÉNEZ MORENO y JHON GILBER DELGADO GUTIÉRREZ** a la dirección del inmueble arrendado ubicado en la Avenida

Norte No. 32-36 del Municipio de Tunja, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 384 del Código General del Proceso -C.G.P.¹.

Por Secretaria elabórense los oficios respectivos los cuales deberán ser **tramitados por la parte actora** a efectos de lo lograr la anterior notificación personal.

CUARTO: Cumplido lo anterior, córrasele traslado de la demanda a los señores **OMAR JOSÉ JIMÉNEZ MORENO y JHON GILBER DELGADO GUTIÉRREZ** por el término de **veinte (20) días**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 369 del C.G.P. que regula el trámite del proceso verbal. **Adviértaseles que en este proceso son inadmisibles la demanda de reconvenición, la intervención excluyente, la coadyuvancia y la acumulación de procesos.**

QUINTO: NOTIFICAR personalmente a la Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado delegado ante este Despacho conforme lo establecen los artículos 197, 198 en concordancia con el art.290 del CGP.

SEXTO: NOTIFICAR por estado electrónico a la parte demandante el presente auto, de conformidad con el parágrafo del artículo 295 de la Ley 1564 de 2012.

SEPTIMO: ACEPTAR la renuncia al poder, presentada por el abogado Luis Gabriel Camacho Tarazona, como apoderado judicial de la entidad accionante, en los términos del inciso cuarto (4º) del artículo 76 del Código General del Proceso.

OCTAVO: REQUERIR al demandante **INSTITUTO NACIONAL DEL VÍAS – INVIAS**, para que ALLEGUE poder debidamente conferido a un abogado inscrito, conforme a lo previsto en el artículo 160 del CPACA, en concordancia con los artículos 73 a 77 de CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11º Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>063</u> , Hoy <u>28/9/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

¹ Código General del Proceso. **Artículo 384. Restitución de inmueble arrendado.** Cuando el arrendador demande para que el arrendatario le restituya el inmueble arrendado se aplicarán las siguientes reglas:

1. *Demanda.* A la demanda deberá acompañarse prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de este hecha en interrogatorio de parte extraprocesal, o prueba testimonial siquiera sumaria.

2. *Notificaciones.* Para efectos de notificaciones, incluso la del auto admisorio de la demanda, se considerará como dirección de los arrendatarios la del inmueble arrendado, salvo que las partes hayan pactado otra cosa.

(...)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 27 SEP 2018

DEMANDANTE : MERCEDES BENITEZ PÉREZ
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201800173-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la ciudadana MERCEDES BENITEZ PÉREZ, quien actúa a través de apoderada judicial, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó por la ciudadana **MERCEDES BENITEZ PÉREZ** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: TRAMITAR conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a quien éste haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA**

JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

QUINTO: NOTIFICAR por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas, durante el término para contestar la demanda, deberán allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos de los actos acusados**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

SEXTO: Adviértasele a las entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

SÉPTIMO: La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de siete mil quinientos (\$7.500) en la cuenta **4 -1503-0-22921-00** (Convenio No. 13271) del Banco Agrario y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

OCTAVO: RECONOCER personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN, portadora de la T.P. No. 239.184 del C.S de la J., como apoderada de la demandante y en los términos del poder obrante a folio 1 de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ RÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N°063, Hoy 28/9/2018 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 27 SEP 2018

DEMANDANTE : LUZ MARLEN DÍAZ ZÚÑIGA
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201800009-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir sobre la imposición de la sanción por la inasistencia del apoderado de la entidad demandada-FNPSM a la audiencia inicial celebrada el 06 de septiembre de 2018.

El numeral 4º del artículo 180 del C.P.A.C.A. dispone:

"ARTÍCULO 180. AUDIENCIA INICIAL. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Intervinientes. Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

(...)

4. Consecuencias de la inasistencia. Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Subrayas del Despacho)

De conformidad con la norma, la asistencia de los apoderados de las partes a la diligencia de audiencia inicial es obligatoria, sin embargo la citada norma en el inciso tercero del numeral tercero, señala: **"El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrá el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia."**

En el presente caso, encuentra el Despacho que el apoderado de la entidad demandada, dentro del término legal para justificar su inasistencia allegó escrito (fl. 97) señalando que la misma obedeció a que se encontraba en una audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 del Contrato de Obra COP- 20150013 en el municipio de Duitama, para lo cual adjuntó certificación emitida por el Profesional de la Oficina de

Contratación del Municipio de Duitama de fecha 6 de septiembre del año en curso (fl. 98).

Advierte el Despacho de los documentos allegados, que la diligencia derivada del trámite por incumplimiento del contrato de obra COP 20150013 se adelantó el día 6 de septiembre hogaño desde las 2:00 p.m. (sic- a.m.) a 5:00 p.m. en el Municipio de Duitama (Boy) y contó con la asistencia del abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL. Luego se observa que la excusa presentada resulta de recibo para el Despacho como una justa causa, considerando que es una circunstancia de fuerza mayor, motivo por el cual la justificación se aceptará sólo para efectos de exención de la sanción pecuniaria, de conformidad con lo explicado.

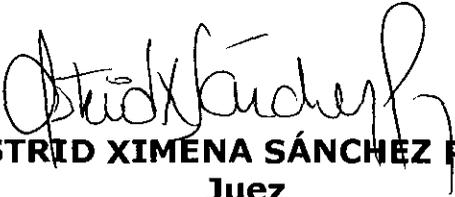
Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: EXONERAR de las consecuencias pecuniarias al apoderado de la entidad demandada abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL, por la inasistencia a la audiencia inicial celebrada el 6 de septiembre de los cursantes, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del CPACA, por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes e infórmese de la publicidad del estado. Así mismo, comuníquese al correo electrónico del Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>003</u> , Hoy <u>28/9/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 27 SEP 2018

DEMANDANTE : GLORIA NELLY SANDOVAL REYES
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201800143-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado mediante apoderado judicial por la señora **GLORIA NELLY SANDOVAL REYES**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

Solicita la demandante se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la no respuesta a la petición de fecha 19 de diciembre de 2017, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y que a título de restablecimiento del derecho se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria prevista en las normas antes señaladas, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo entre el día 29 de enero de 2016 y el día 04 de mayo de 2016.

Una vez revisado el escrito de demanda y sus anexos, este Despacho mediante providencia del pasado 16 de agosto de 2018 (fl. 19) dispuso oficiar a la Secretaría de Educación de Boyacá para que certificará el último lugar de prestación de servicios de la demandante, a efectos de determinar la competencia territorial frente al medio de control.

Para lo cual mediante oficio fechado 14 de septiembre de 2018 la Secretaría de Educación de Boyacá informó que el último lugar de prestación de servicios de la docente GLORIA NELLY SANDOVAL REYES fue la Institución Educativa Normal Superior La Presentación – Urbana Sede Principal del **Municipio de Soatá (Boy)** (fl. 24); por lo que el Despacho estima que carece de competencia por el factor territorial para conocer del medio de control de la referencia, conforme a continuación se expone.

Respecto de la competencia por el factor territorial, el artículo 156-3 del C.P.A.C.A. determina de manera expresa que "*En los asuntos de nulidad y*

restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios”.

Así las cosas, como quiera que mediante Acuerdo No. PSAA15-10449 del 31 de diciembre de 2015 "Por el cual se crea el Circuito Judicial Administrativo de Sogamoso y se ajusta el Circuito Judicial Administrativo de Duitama, (...)", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se determinó que el *Municipio de Soatá* (último lugar de prestación de servicios de la demandante) se encuentra dentro de la comprensión territorial de los Juzgados Administrativos del Circuito de Duitama¹, el Despacho ordenará remitir el expediente para que sea sometido a reparto entre tales Despachos Judiciales.

Por lo expuesto, el Despacho declarará la falta de competencia, y en aplicación de lo consignado en el artículo 168 del C.P.A.C.A., ordenará remitir el proceso por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja, a la mayor brevedad para que sea dado de baja en el inventario y por su conducto se remita ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Duitama (Reparto), por considerar que son éstos los competentes para conocer del sub examine.

Por lo anterior, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia de este Despacho judicial para conocer la demanda de la referencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente por intermedio del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja, a la mayor brevedad para que sea dado de baja en el inventario y por su conducto se remita ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Duitama (Reparto), de conformidad con los fundamentos expuestos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° 063, Hoy 28/9/2018, siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIO

¹ Artículo 2°.- Ajuste al mapa judicial en el Circuito Judicial Administrativo de Duitama.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: DOLLY DE JESÚS DURANGO RUEDA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES - COLPENSIONES-

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00110 - 00

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO.**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- DEMANDA (fl. 1-13):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, la señora **DOLLY DE JESÚS DURANGO RUEDA**, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones No. GNR 279034 del 11 de septiembre de 2015 y VPB 75218 del 17 de diciembre de 2015, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones negó su solicitud de reliquidación pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene la reliquidación del citado emolumento con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y con efectos fiscales a partir del 1º de agosto de 2006; así como el pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con la reliquidación y conforme al ajuste del IPC. De igual manera, que se ordene el cumplimiento del fallo conforme a los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.

1.1.- Normas violadas y concepto de violación:

Sostiene que los actos acusados vulneran las garantías contenidas en los artículos 1, 2, 29, 11 48 y 53 de la Constitución Política, así como el

contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las Leyes 33 y 62 de 1985 y del Decreto 1045 de 1978, entre otras.

Argumenta la demandante que se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Razón por la cual su pensión de jubilación debe ser liquidada teniendo en cuenta el 75% de lo devengado habitual y periódicamente durante el último año de servicios, que transcurrió del 1º de agosto de 2005 al 31 de julio de 2006. Los factores que reclama son, *asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad*. Invoca criterio interpretativo fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 para señalar que los factores a tener en cuenta en el IBL consignados en la Ley 33 de 1985 son meramente enunciativos y no taxativos.

2.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA DEMANDADA (fl. 85-102):

Se opone a las pretensiones de la demanda señalando que el IBL que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de la actora es el establecido en la Ley 100 de 1993 equivalente al promedio de los salarios que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional durante los últimos diez (10) años de servicios o por el tiempo que le hiciere falta (art. 21), y no el promedio de lo devengado en el último año como se solicita con la demanda.

Lo anterior, porque según las interpretaciones emanadas de la Corte Constitucional, contenidas principalmente en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017: **i).** el IBL no fue un aspecto sometido a transición, **ii).** para establecer el monto pensional solo se deben tener en cuenta los conceptos que han servido de base para el pago de aportes a seguridad social, y **iii).** si bien el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes se encuentren dentro del régimen transición tienen derecho a la aplicación de las normas anteriores a ésta, tal remisión es solo para efectos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, no así para el IBL y los factores salariales, que fueron aspectos regulados expresamente en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el pasado 29 de mayo (fl. 149), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (fl. 151-159):

Mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2018, la entidad demandada reiteró los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación y resaltó que se debe atender el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, según las cuales para el cálculo del IBL de los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el monto aplicable no es otro que el promedio de los factores objeto de cotización al sistema pensional durante los últimos diez (10) años de servicios, enlistados en el Decreto 1158 de 1994. Por lo cual, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la actora.

3.2.- Parte demandante (fl. 160-173)

La parte actora se ratificó en los argumentos de la demanda y resaltó que al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión debe liquidarse aplicando de forma integral las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señaló que no debe darse aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional, especialmente la C-258 de 2013 por ser aplicable sólo al régimen pensional de la Ley 4ª de 1992 y las SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017 por ser contrarias a la jurisprudencia de unificación y la proferida a través de acciones de tutela por distintas secciones del Consejo de Estado, con fundamento en la cual y en observancia del principio de favorabilidad, deben ser tenidos en cuenta dentro del IBL todas las sumas percibidas habitual y periódicamente durante el último año de prestación de servicios.

Finalmente, advierte que como consecuencia de la reliquidación pretendida, debe ordenarse el descuento de aportes sobre los factores que no fueron objeto de cotización, durante los últimos cinco (5) años de vida laboral, según lo dispone el Estatuto Tributario.

El **Ministerio Público** no allegó concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como se advirtió en la fijación del litigio, corresponde al Despacho efectuar el análisis de legalidad de las Resoluciones No. GNR 279034 del 11 de septiembre de 2015 y VPB 75218 del 17 de diciembre de 2015 y consecuentemente, determinar si la demandante DOLLY DE JESÚS DURANGO RUEDA es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cuál es el ingreso base de liquidación que resulta aplicable para la liquidación de su pensión de jubilación. Así

como establecer si tiene derecho a la reliquidación pensional con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Para tales efectos, se hará alusión a la aplicación y alcance de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU 395/17, entre otras invocadas por la demandada; así como a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado respecto de la interpretación y aplicación del régimen de transición invocado en el libelo introductorio.

A efectos de dilucidar el problema jurídico, el Despacho avizora que en virtud de los **recientes pronunciamientos jurisprudenciales** emanados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se cambiará la postura hasta ahora sostenida en casos de similares supuestos fácticos y jurídicos. Por lo cual, se abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

2.1.- Tesis del Despacho en casos análogos.

Frente al objeto de la controversia, esto es, el ingreso base de liquidación – IBL- que debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en anteriores pronunciamientos este Estrado Judicial venía sosteniendo que a dichos sujetos les era aplicable el régimen pensional al que se encontraban afiliados con anterioridad a la expedición de dicha norma. Es decir, que para el caso de los servidores públicos, las normas anteriores aplicables eran las Leyes 33 y 62 de 1985 en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto pensional.

Si bien los fondos pensionales argumentaban con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ que **el IBL no fue un aspecto sometido a transición**; el Despacho en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado² -órgano vértice de ésta Jurisdicción-, sostenía que la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al “**monto**” del régimen anterior a ésta, **comprendía tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquida la prestación** y en cuanto a los factores base de liquidación seguía la posición contenida en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, sin que se impidiera la inclusión de otros emolumentos que

¹ Especialmente Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

² Consejo de Estado. Sección Segunda: Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Exp. 470/99. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. - Sentencia del 9 de julio 2009. C.P. Dra Bertha Lucía Ramírez. Exp: 0208-2007.- Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado. Exp: 0112-2009. - Sentencia del 09 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortés.

no hubieran sido objeto de aportes para pensión, devengados habitual y periódicamente durante el último año de servicios.

Ahora, en lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 este Despacho se abstenía de aplicar las mismas en casos como el presente, como quiera que en la primera de ellas se refirió la Corte a un régimen especial y distinto como lo es el contenido en la Ley 4ª de 1992 y las restantes eran sentencias de tutela con efectos inter partes que no tenían fuerza vinculante y que además, la sentencia SU-427 hacía alusión a los casos de abuso del derecho³, lo que no se presentaba en los conflictos analizados en su momento.

2.2.- Tesis reciente expuesta por la Corte Constitucional.

Tal como se señaló en precedencia, el Despacho se había abstenido de dar aplicación a los pronunciamientos del Máximo Tribunal Constitucional justificando las razones por las cuales se apartaba de las interpretaciones contenidas en sentencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016. Sin embargo, en reciente sentencia **SU-395 de 2017**, dicho órgano analizó si providencias judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si en virtud de éste debe aplicarse el concepto de “monto pensional” establecido en la legislación anterior y zanjó las discusiones presentadas en torno al IBL aplicable a los beneficiarios de tal régimen, concluyendo que **el IBL que cubre dichas situaciones pensionales es el contenido en artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 ibídem, que corresponde al promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez años de servicios; que las razones de la decisión allí contenidas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades judiciales y que su desconocimiento se configura en causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**, por ser la Corte Constitucional el Máximo intérprete autorizado de la norma constitucional y de las normas que refieren a la aplicación de derechos fundamentales; sin importar que se trate de sentencias proferidas en sede de control concreto o de control abstracto de constitucionalidad.

Sobre el punto, luego de citar el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ expresó la Corte que dicho precepto:

3 Siguiendo las subreglas esbozadas en jurisprudencia del Consejo de Estado: Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortés. - Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Rad.: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández. - Sección Quinta. Sentencia de Tutela. 23 de marzo de 2017. Rad.: 11001031500020160336601. C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

4 “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

*"(...) permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) **el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas.** Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994⁵), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:*

- (i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1º de abril de 1994.*
- (ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1º de abril de 1994.*
- (iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1º de abril de 1994.*

*De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos⁶, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) **el monto de la pensión de vejez**⁷." (Negrita fuera de texto)*

Establecido lo anterior, señaló la Corte que las discusiones suscitadas y la disparidad de interpretaciones a nivel doctrinario y jurisprudencial se han presentado en lo que refiere al **"monto pensional"** y a la acepción que de dicho concepto se ha tenido a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen transicional aquí estudiado. Al respecto, explicó:

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

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

5 Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

6 Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. Cfr. Sentencia SU-130 de 2013.

7 Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1º de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4º de dicha disposición determinó que "[e]l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen." (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5º del mismo artículo estableció que, "[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida". (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

"8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y **si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen**, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁸, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, **inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior**; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión¹⁰. No obstante, **la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios**¹¹.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, **los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación**, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

(...) 8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de

8 M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

9 Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

10 Ídem.

11 Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación¹².” (Negrita y subraya fuera de texto)

En suma, a través de la sentencia en cita el Tribunal Constitucional se refirió en concreto frente al IBL aplicable a las pensiones adquiridas con ocasión del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando como regla interpretativa conforme a los principios de solidaridad y equidad, así como para evitar la configuración de abuso del derecho y fraude al sistema pensional, que el IBL aplicable en tales casos no es otro que el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de prestación de servicios.

Como se señaló *ut supra*, los anteriores planteamientos han sido acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ en distintas providencias, en una de ellas – Exp.: 2016 00015 01- se señaló:

“Vale la pena precisar que con fundamento en la sentencia SU-395 de 2017 proferida por el órgano de cierre constitucional la Sala Plena de esta Corporación ha modificado la posición jurídica bajo la cual venía atendiendo el precedente del H. Consejo de Estado, y en su lugar adopta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en el sentido de precisar que el Régimen de Transición conlleva la aplicación del monto, edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, por lo que deben aplicarse las disposiciones de la Ley 100 para las demás condiciones y requisitos establecidos para el acceso a la pensión de jubilación, esto es, el periodo de tiempo y los factores computables para la determinación del IBL.”.

2.3.- Tesis unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Si bien el órgano vértice de ésta jurisdicción – través de la Sección Segunda y vía acción de tutela en algunas de las demás secciones- venía dando aplicación a la ya citada sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y reiteraba que el IBL sí fue un aspecto objeto del régimen de transición como quiera que dicho aspecto se encontraba contenido dentro del concepto de “monto” a que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que los beneficiarios del régimen tenían derecho a la liquidación de su pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores que constituyan salario devengados durante el último año de

¹² Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

¹³ Entre otras: Sentencia del 2 de febrero de 2018. Exp: 150013333012201600087-01. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas. - Sentencia del 23 de febrero de 2018. Exp: 150013333004201600018-01. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez. - Sentencia del 14 de agosto de 2018. Exp: 157593333001201600015-01. M.P. Dr. José Ascensión Fernández. - Sentencia del 15 de agosto de 2018. Exp: 150012333000101600288-01. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados. - Sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp: 150013333001201500046-01. M.P. Dr. Fabio Iván Afanador.

prestación de servicios; lo cierto es que en **sentencia del 28 de agosto de 2018¹⁴** la **Sala Plena de la Corporación unificó el criterio de interpretación** en cuanto a la controversia señalada.

En efecto, la Corporación estudió si conforme al pluricitado régimen de transición el **período de liquidación del IBL** corresponde al último año de servicios, ó a los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta al trabajador para adquirir su derecho. Así mismo, se analizó si los **factores para establecer el IBL** deben ser todos los que constituyan salario o los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional. Puntos sobre los cuales, luego de hacer referencia a la disparidad de criterios interpretativos y a los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, fijó las siguientes reglas interpretativas:

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

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

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

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

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

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

14 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018. Exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés.

beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. (...)

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

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

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

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

acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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

En suma, es evidente que siguiendo, en términos generales, la posición sentada por la Corte Constitucional, en la citada sentencia de unificación advierte el Consejo de Estado que el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, **ya no es el correspondiente al del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios**, sino que deben observarse las siguientes situaciones: **i)** si al trabajador le hiciere falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, el IBL será el promedio de dicho periodo o el de todo el tiempo cotizado, escogiendo el que resulte superior; y **ii)** si al trabajador le hiciere falta más de diez (10) años para la consolidación del derecho, el IBL no podrá ser otro que el promedio de los factores **objeto de cotización** durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, pues así lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, resaltó la Sala Plena de la Corporación, que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones ***“tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política¹⁵. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.”***

De igual forma, advirtió que la aplicación de las reglas jurisprudenciales allí sentadas tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte de **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

2.4.- Conclusiones:

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

El análisis de las posiciones jurisprudenciales anteriormente descritas permite al Despacho extraer las siguientes conclusiones en aras de establecer premisas para la resolución del caso concreto:

- Es claro que las posiciones sentadas tanto por el Máximo Tribunal Constitucional como por el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de las citadas sentencias de unificación, indican que el IBL que debe ser aplicado a las pensiones de jubilación a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no corresponde al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios con independencia de si aquellos factores fueron objeto de cotización.** Sino que, como lo advierte la Corte Constitucional, aquel equivale al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes para pensión, devengados durante los diez (10) últimos años de prestación de servicios. Tesis asumida también por el Consejo de Estado, pero matizada en los eventos en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 al trabajador le hicieren falta menos de diez (10) años para la consolidación de su derecho; caso en el cual, el IBL será el del periodo de tiempo faltante para la adquisición del derecho pensional.
- Las providencias judiciales de unificación antes señaladas se constituyen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento que debe ser acogido por las autoridades judiciales, pues como lo expuso la Corte en la sentencia SU-395 de 2017:

"(...) es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

*Habiendo quedado sentado todo lo anterior, no cabe duda de que **la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, adquiere carácter vinculante para todos los casos que comportan identidad de supuestos fácticos y/o normativos**, por lo que su desconocimiento constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (...).*

*(...)Por esta razón, **la interpretación y alcance que se le otorgue a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se***

realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones.”

También expuso el Consejo de Estado, que las reglas y subreglas expuestas en la sentencia de unificación del 28 de agosto hogaño son de obligatoria observancia por parte de las autoridades judiciales y administrativas –incluso de forma retroactiva- para la solución de los casos pendientes de decisión.

- Tal y como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Sin embargo, en el estudio de exequibilidad de dicha disposición advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 que ello será así, en el entendido de que se aplicarán *“de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”*.
- En atención a la fuerza vinculante del precedente instituido por la Doctrina Constitucional y en la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación **SU-395 de 2017**, así como en observancia del precedente administrativo ahora instituido en la también sentencia de unificación calendada del **28 de agosto de 2018** emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se fundamenta el cambio de postura anunciado por el Despacho y se dirá que los criterios plasmados en las sentencias judiciales de unificación antes citadas, serán tenidos en cuenta para la solución de los litigios de similares contornos que se encuentren pendientes de decisión y que deban ser decididos en adelante.

Valga recordar que como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2013: *“ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o **si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía**, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia. / En consecuencia, **cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.”***
(Negrita fuera de texto)

3.- DEL CASO CONCRETO:

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- La demandante nació el **18 de enero de 1950** (fl. 14)
- Prestó servicios de forma ininterrumpida desde el **1º de agosto de 1974** hasta el **31 de julio de 2006** (fl. 15, 17, 42, 134-137).

Lo anterior permite verificar que:

- A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- la demandante tenía aproximadamente 44 años de edad.
- A la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había realizado cotizaciones por más de 750 semanas (fl. 79-82); por ende, la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición allí previsto.
- En consecuencia, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez (10) años para la consolidación de su derecho pensional en los términos de la Ley 33 de 1985; según la cual, el requisito de **edad** es 55 años, el de **tiempo de servicios** de 20 años y **monto** equivalente al 75%.

Así las cosas, al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que el IBL aplicable a su pensión de jubilación es el equivalente al 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios actualizados anualmente según variación del IPC y conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

Verificado el contenido de los actos acusados, esto es las Resoluciones GNR 279034 del 11 de septiembre de 2015 y VPB 75218 del 17 de diciembre de 2015 se corrobora que **la entidad accionada tuvo en cuenta el criterio contenido en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, para señalar que el IBL aplicable es el promedio de los factores salariales cotizados durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios** (fl. 26-30, 38-40), que se encuentran consignados en los Certificados allegados por el empleador (fl. 134-137)¹⁶.

Así las cosas, se tiene que el fundamento jurídico esbozado por la entidad demandada en los actos acusados se encuentra conforme a derecho y a los

¹⁶ Decretados de oficio en audiencia inicial

parámetros jurisprudenciales reseñados, para fundamentar la negativa de reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año de servicios. En consecuencia, es dable concluir que la demandante, aun cuando sea beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada teniendo en cuenta dentro del IBL el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, con independencia de que no hubieran sido objeto de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social. Razón por la cual, corresponde entonces negar las pretensiones de la demanda.

4. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, si bien corresponde imponer condena en contra de la parte vencida, no pasa por alto el Despacho que atendiendo a criterios jurisprudenciales vigentes al momento de interponer la demanda, las pretensiones del libelo introductorio tenían cierta vocación de prosperidad y que la decisión de la litis obedece a sentencias posteriores y al cambio jurisprudencial reseñado con antelación. Por lo cual, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante según lo antes expuesto.

TERCERO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

JUZGADO CNCE ADMINISTRATIVO
TUNJA
NOTIFICACION POR ESTADO
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO
No. 063 DE HOY 28/09/2018
SECRETARIO(A)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: JAIME ENDARA NEIRA.
DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00019 00.
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, procede el Despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- DEMANDA (fl. 2-9):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, el señor **JAIME ENDARA NEIRA**, solicita se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. RDP 022115 del 13 de junio de 2016 y RDP 036281 del 28 de septiembre de 2016, mediante las cuales la UGPP negó su solicitud de reliquidación pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene la reliquidación del citado emolumento con el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, así como el pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con la reliquidación y conforme al ajuste del IPC. De igual manera, que se ordene el cumplimiento del fallo en los términos de la Ley 1437 de 2011.

1.1.- Normas violadas y concepto de violación:

Sostiene que los actos acusados vulneran las garantías contenidas en los artículos 2, 25, 29, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, así como las Leyes 57 de 1887, 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, entre otras.

Argumenta el demandante que por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, conforme lo disponen las Leyes 33 y 62 de 1985, entre otras, así como la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado en lo referente al "monto" y a lo que constituye factor salarial para el cálculo del IBL pensional, correspondiendo aplicar de forma inescindible el régimen pensional anterior que lo cobija.

2.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA DEMANDADA (fl. 51-71):

Se opone a las declaraciones y condenas, al considerar que si bien el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a pensionarse con la edad, tiempo de servicios y monto pensional establecidos en el régimen pensional anterior, esto es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985; también lo es, que las demás condiciones y requisitos tales como el periodo sobre el cual se liquida la prestación y los factores salariales a tener en cuenta en la base de liquidación pensional, no serán otros que los señalados expresamente en las Leyes 33 y 62 de 1985 y en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, por lo que no hay lugar a incluir nuevos factores que no se encuentren taxativamente señalados en las referidas normas y sobre los que no se hayan realizado aportes para pensión. Invoca la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Corrido el traslado para alegar de conclusión dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el pasado 3 de julio (fl. 183), **la entidad demandada** se pronunció en los siguientes términos (fl. 193-224):

Reiteró la argumentación contenida en la contestación de demanda, resaltando que siguiendo lo dispuesto tanto en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 como por la Corte Constitucional en sentencias que C-634 y C-816 de 2011, debe darse aplicación preferente a la jurisprudencia constitucional contenida en providencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y especialmente en la sentencia SU-395 de 2017 para destacar que el IBL aplicable a las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, debe corresponder al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios tal y como fue aplicado en los actos acusados.

La **parte demandante** no presentó escrito de alegatos y el Delegado del **Ministerio Público** no allegó concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como se advirtió en la fijación del litigio, corresponde al Despacho efectuar el análisis de legalidad de las Resoluciones No. RDP 022115 del 13 de junio de 2016 y RDP 036281 del 28 de septiembre de 2016 y consecuentemente determinar si el demandante JAIME ENDARA NEIRA es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cuál es el ingreso base de liquidación que resulta aplicable para la liquidación de su pensión de jubilación.

Para tales efectos, se hará alusión a la aplicación y alcance de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, entre otras invocadas por la demandada; así como a la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado respecto de la interpretación y aplicación del régimen de transición invocado en el libelo introductorio.

A efectos de dilucidar el problema jurídico, el Despacho avizora que en virtud de los **recientes pronunciamientos jurisprudenciales** emanados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se cambiará la postura hasta ahora sostenida en casos de similares supuestos fácticos y jurídicos. Por lo cual, se abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

2.1.- Tesis del Despacho en casos análogos.

Frente al objeto de la controversia, esto es, el ingreso base de liquidación – IBL- que debe ser tenido en cuenta para el cálculo de las pensiones a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en anteriores pronunciamientos este Estrado Judicial venía sosteniendo que a dichos sujetos les era aplicable el régimen pensional al que se encontraban afiliados con anterioridad a la expedición de dicha norma. Es decir, que para el caso de los servidores públicos, las normas anteriores aplicables eran las Leyes 33 y 62 de 1985 en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto pensional.

Si bien los fondos pensionales argumentaban con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ que **el IBL no fue un aspecto sometido a transición**; el Despacho en acatamiento de la jurisprudencia del

¹ Especialmente Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

Consejo de Estado² -órgano vértice de ésta Jurisdicción-, sostenía que la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al “**monto**” del régimen anterior a ésta, **comprendía tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquida la prestación** y en cuanto a los factores base de liquidación seguía la posición contenida en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 no eran taxativos sino enunciativos, sin que se impidiera la inclusión de otros emolumentos que no hubieran sido objeto de aportes para pensión, devengados habitual y periódicamente durante el último año de servicios.

Ahora, en lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 este Despacho se abstenía de aplicar las mismas en casos como el presente, como quiera que en la primera de ellas se refirió la Corte a un régimen especial y distinto como lo es el contenido en la Ley 4ª de 1992 y las restantes eran sentencias de tutela con efectos inter partes que no tenían fuerza vinculante y que además, la sentencia SU-427 hacía alusión a los casos de abuso del derecho³, lo que no se presentaba en los conflictos analizados en su momento.

2.2.- Tesis reciente expuesta por la Corte Constitucional.

Tal como se señaló en precedencia, el Despacho se había abstenido de dar aplicación a los pronunciamientos del Máximo Tribunal Constitucional justificando las razones por las cuales se apartaba de las interpretaciones contenidas en sentencias como la C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016. Sin embargo, en reciente sentencia **SU-395 de 2017**, dicho órgano analizó si providencias judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desconocieron el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si en virtud de éste debe aplicarse el concepto de “monto pensional” establecido en la legislación anterior y zanjó las discusiones presentadas en torno al IBL aplicable a los beneficiarios de tal régimen, concluyendo que **el IBL que cobija dichas situaciones pensionales es el contenido en artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 ibídem, que corresponde al promedio de los factores objeto de cotización durante los últimos diez años de servicios; que las razones de la decisión allí contenidas resultan de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades judiciales y que su desconocimiento se configura en causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**, por ser la Corte Constitucional el Máximo intérprete autorizado de la norma constitucional y de las normas que refieren a la aplicación de derechos fundamentales; sin importar que se trate de

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Exp. 470/99. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. - Sentencia del 9 de julio 2009. C.P. Dra Bertha Lucía Ramírez. Exp: 0208-2007.- Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado. Exp: 0112-2009. - Sentencia del 09 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortés.

³ Siguiendo las subreglas esbozadas en jurisprudencia del Consejo de Estado: Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Rad.: 250002342000201301541 01. M.P. César Palomino Cortés. - Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Rad.: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández. - Sección Quinta. Sentencia de Tutela. 23 de marzo de 2017. Rad: 11001031500020160336601. C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

sentencias proferidas en sede de control concreto o de control abstracto de constitucionalidad.

Sobre el punto, luego de citar el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ expresó la Corte que dicho precepto:

"(...) permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994⁵), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

(i) Las mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

(ii) Los hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

(iii) Los hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

De esta manera, para hacerse acreedor al régimen de transición pensional, basta con cumplir con uno de estos requisitos⁶, con lo cual, el beneficiario queda exento de la aplicación del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 en lo referente a la (i) edad, (i) el tiempo de servicios o cotizaciones, y (iii) el monto de la pensión de vejez⁷."
(Negrita fuera de texto)

4 "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

5 Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.

6 Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, estos requisitos no se cumplen de manera concurrente debido a que la norma señala estas categorías de manera disyuntiva, razón por la que no es necesario cumplir paralelamente el requisito de edad y tiempo de servicios. Cfr. Sentencia SU-130 de 2013.

7 Sobre este punto es importante precisar que la jurisprudencia también ha tratado lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de las dos primeras categorías de ellos, concretamente, de mujeres y

Establecido lo anterior, señaló la Corte que las discusiones suscitadas y la disparidad de interpretaciones a nivel doctrinario y jurisprudencial se han presentado en lo que refiere al **"monto pensional"** y a la acepción que de dicho concepto se ha tenido a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen transicional aquí estudiado. Al respecto, explicó:

*"8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y **si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.***

*Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁸, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, **inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión¹⁰. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los***

hombres que, a 1º de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto sucede, debido a que el inciso 4º de dicha disposición determinó que "[e]l presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen." (Subrayado adicionado al texto original); en tanto que el inciso 5º del mismo artículo estableció que, "[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida". (Subrayado adicionado al texto original). // Por lo tanto, los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida. // En síntesis, los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional a cual desean afiliarse e incluso tienen la posibilidad de trasladarse entre uno y otro. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, y como consecuencia de la pérdida del régimen de transición, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, los afiliados deberán cumplir los requisitos previstos en el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores que los cobijaban, aun cuando les resulte más favorable. Al respecto se pueden consultar las Sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

8 M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

9 Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

10 Ídem.

efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios¹¹.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, **los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación**, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

(...) 8.13. En suma, en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación**¹². (Negrita y subraya fuera de texto)

En suma, a través de la sentencia en cita el Tribunal Constitucional se refirió en concreto frente al IBL aplicable a las pensiones adquiridas con ocasión del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando como regla interpretativa conforme a los principios de solidaridad y equidad, así como para evitar la configuración de abuso del derecho y fraude al sistema pensional, que el IBL aplicable en tales casos no es otro que el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años de prestación de servicios.

Como se señaló *ut supra*, los anteriores planteamientos han sido acogidos mayoritariamente por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ en distintas providencias, en una de ellas - Exp.: 2016 00015 01- se señaló:

"Vale la pena precisar que con fundamento en la sentencia SU-395 de 2017 proferida por el órgano de cierre constitucional la Sala Plena de esta Corporación ha modificado la posición jurídica bajo la cual venía atendiendo el precedente del H. Consejo de Estado, y en su lugar adopta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en el sentido de precisar que el Régimen de Transición conlleva la aplicación del monto, edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, por lo que

11 Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

12 Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.

13 Entre otras: Sentencia del 2 de febrero de 2018. Exp: 150013333012201600087-01. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas. - Sentencia del 23 de febrero de 2018. Exp: 150013333004201600018-01. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez. - Sentencia del 14 de agosto de 2018. Exp: 157593333001201600015-01. M.P. Dr. José Ascensión Fernández. - Sentencia del 15 de agosto de 2018. Exp: 150012333000201600288-01. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados. - Sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp: 150013333001201500046-01. M.P. Dr. Fabio Iván Afanador.

deben aplicarse las disposiciones de la Ley 100 para las demás condiciones y requisitos establecidos para el acceso a la pensión de jubilación, esto es, el periodo de tiempo y los factores computables para la determinación del IBL.”.

2.3.- Tesis unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Si bien el órgano vértice de ésta jurisdicción – través de la Sección Segunda y vía acción de tutela en algunas de las demás secciones- venía dando aplicación a la ya citada sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y reiteraba que el IBL sí fue un aspecto objeto del régimen de transición como quiera que dicho aspecto se encontraba contenido dentro del concepto de “monto” a que hace alusión el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que los beneficiarios del régimen tenían derecho a la liquidación de su pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores que constituyan salario devengados durante el último año de prestación de servicios; lo cierto es que en **sentencia del 28 de agosto de 2018**¹⁴ la **Sala Plena** de la Corporación unificó el criterio de interpretación en cuanto a la controversia señalada.

En efecto, la Corporación estudió si conforme al pluricitado régimen de transición el **periodo de liquidación del IBL** corresponde al último año de servicios, ó a los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta al trabajador para adquirir su derecho. Así mismo, se analizó si los **factores para establecer el IBL** deben ser todos los que constituyan salario o los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema pensional. Puntos sobre los cuales, luego de hacer referencia a la disparidad de criterios interpretativos y a los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, fijó las siguientes reglas interpretativas:

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

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

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

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018. Exp: 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. Dr., César Palomino Cortés.

- 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. (...)

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. (...)

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente

recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

En suma, es evidente que siguiendo, en términos generales, la posición sentada por la Corte Constitucional, en la citada sentencia de unificación advierte el Consejo de Estado que el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, **ya no es el correspondiente al del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios**, sino que deben observarse las siguientes situaciones: **i)** si al trabajador le hiciere falta menos de diez (10) años para adquirir el derecho pensional, el IBL será el promedio de dicho periodo o el de todo el tiempo cotizado, escogiendo el que resulte superior; y **ii)** si al trabajador le hiciere falta más de diez (10) años para la consolidación del derecho, el IBL no podrá ser otro que el promedio de los factores **objeto de cotización** durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios, pues así lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, resaltó la Sala Plena de la Corporación, que conforme a lo indicado en sentencia C-816 de 2011, las decisiones proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones **“tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política¹⁵. Por lo tanto, su**

¹⁵ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo

*contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio.***”.

De igual forma, advirtió que la aplicación de las reglas jurisprudenciales allí sentadas tienen efectos retroactivos y por lo tanto, deben ser aplicadas obligatoriamente por parte **las autoridades judiciales y administrativas en todos los casos pendientes de solución**, exceptuando las situaciones ya decididas por sentencia judicial, en observancia del principio de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada.

2.4.- Conclusiones:

El análisis de las posiciones jurisprudenciales anteriormente descritas permite al Despacho extraer las siguientes conclusiones en aras de establecer premisas para la resolución del caso concreto:

- Es claro que las posiciones sentadas tanto por el Máximo Tribunal Constitucional como por el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de las citadas sentencias de unificación, indican que el IBL que debe ser aplicado a las pensiones de jubilación a que tienen derecho los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **no corresponde al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios con independencia de si aquellos factores fueron objeto de cotización.** Sino que, como lo advierte la Corte Constitucional, aquel equivale al promedio de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron objeto de aportes para pensión, devengados durante los diez (10) últimos años de prestación de servicios. Tesis asumida también por el Consejo de Estado, pero matizada en los eventos en que a la entrada en vigencia de la Ley 100 al trabajador le hicieren falta menos de diez (10) años para la consolidación de su derecho; caso en el cual, el IBL será el del periodo de tiempo faltante para la adquisición del derecho pensional.
- Las providencias judiciales de unificación antes señaladas se constituyen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento que debe ser acogido por las autoridades judiciales, pues como lo expuso la Corte en la sentencia SU-395 de 2017:

“(…) es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por esta Corporación, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción

constitucional, en los términos previstos en el artículo 241 de la Carta Política.

*Habiendo quedado sentado todo lo anterior, no cabe duda de que **la regla de derecho que se crea a través de la ratio decidendi de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, adquiere carácter vinculante para todos los casos que comportan identidad de supuestos fácticos y/o normativos**, por lo que su desconocimiento constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (...).*

*(...) Por esta razón, **la interpretación y alcance que se le otorgue a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones.***

También expuso el Consejo de Estado, que las reglas y subreglas expuestas en la sentencia de unificación del **28 de agosto** hogaño son de obligatoria observancia por parte de las autoridades judiciales y administrativas –incluso de forma retroactiva- para la solución de los casos pendientes de decisión.

- Tal y como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Sin embargo, en el estudio de exequibilidad de dicha disposición advirtió la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 que ello será así, en el entendido de que se aplicarán *“de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”*.
- En atención a la fuerza vinculante del precedente instituido por la Doctrina Constitucional y en la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación **SU-395 de 2017**, así como en observancia del precedente administrativo ahora instituido en la también sentencia de unificación calendada del **28 de agosto de 2018** emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, se fundamenta el cambio de postura anunciado por el Despacho y se dirá que los criterios plasmados en las sentencias judiciales de unificación antes citadas, serán tenidos en cuenta para la solución de los litigios de similares contornos que se encuentren pendientes de decisión y que deban ser decididos a partir de la fecha.

Valga recordar que como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2013: *“ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o **si existen reglas***

interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia. / En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.” (Negrita fuera de texto)

3.- DEL CASO CONCRETO:

A efectos de abordar el estudio del caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- El demandante nació el **29 de octubre de 1949** (fl. 10)
- Prestó servicios de forma ininterrumpida desde el **1º de octubre de 1975** hasta el **28 de febrero de 2006** (fl. 29).

Lo anterior permite verificar que:

- A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- el demandante tenía aproximadamente 44 años de edad.
- A la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había realizado cotizaciones por más de 750 semanas; por ende como lo reconoce la demandada en los actos acusados y en la contestación de la demanda, el accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto.
- En consecuencia, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez (10) años para la consolidación de su derecho pensional en los términos de la Ley 33 de 1985; según la cual, el requisito de **edad** es 55 años, el de **tiempo de servicios** de 20 años y **monto** equivalente al 75%.

Así las cosas, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la jurisprudencia de unificación trascrita y de las reglas interpretativas trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que el IBL aplicable a su pensión de jubilación es el equivalente al 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios actualizados anualmente según variación del IPC y conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

Verificado el contenido de los actos acusados, esto es las Resoluciones No. RDP 022115 del 13 de junio de 2016 y RDP 036281 del 28 de septiembre de 2016 y el contenido del requerimiento efectuado en audiencia inicial contenido en la respuesta emitida mediante Oficio del **16 de mayo de 2018** (fl. 185-190) se corrobora que **la entidad accionada tuvo en cuenta dentro del IBL el promedio de los factores salariales que fueron objeto de cotizaciones durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios**, que corresponden a los contenidos en Certificados de factores salariales allegados por el Área Jurídica de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC¹⁶, donde se verifican los descuentos a pensión efectuados durante los últimos diez (10) años de servicios prestados por el demandante.

Así las cosas, se tiene que la liquidación pensional realizada por la entidad demandada en los actos acusados se encuentra conforme a derecho y a los parámetros jurisprudenciales reseñados, al haber tenido en cuenta sólo los factores que sirvieron de cotización al sistema de seguridad social en pensiones durante los últimos diez (10) años de prestación de servicios. En consecuencia, es dable concluir que el demandante, aun cuando sea beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada teniendo en cuenta dentro del IBL el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, con independencia de que no hubieran sido objeto de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social. Razón por la cual, corresponde entonces negar las pretensiones de la demanda.

4. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, si bien corresponde imponer condena en contra de la parte vencida, no pasa por alto el Despacho que atendiendo a criterios jurisprudenciales vigentes al momento de interponer la demanda, las pretensiones del libelo introductorio tenían cierta vocación de prosperidad y que la decisión de la litis obedece a sentencias posteriores y al cambio jurisprudencial reseñado con antelación. Por lo cual, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

¹⁶ Decretados de oficio en audiencia inicial

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante según lo antes expuesto.

TERCERO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO	
TUNJA	
NOTIFICACION POR ESTADO	
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO	
No. 063	DE HOY 28/09/2018
SECRETARIO(A)	