



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

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00381-00
Demandante: WUILVAR MATEO ZAMBRANO RODRÍGUEZ
Demandado: Nación –Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia – Reintegro Laboral

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor ZAMBRANO RODRÍGUEZ en contra de la Nación Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, el actor actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa de Personal OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual se dispuso su retiro del servicio por "Disminución de la Capacidad Psicofísica".

Igualmente solicitó la nulidad del acto complejo conformado por el Acta de Tribunal Médico Laboral No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015 y por el Acta de Junta Médica Laboral No. 72581 del 24 de octubre de 2014, mediante las cuales se realizó la evaluación psicofísica y de disminución de su capacidad laboral.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, que proceda a efectuar el reintegro del accionante sin solución de continuidad, al mismo cargo, empleo y funciones que venía desempeñando o a otro cuyas funciones sean acordes con sus condiciones actuales, habilidades y destrezas, disponiendo el pago todos los haberes (salarios, bonificaciones, primas, prestaciones legales y extralegales, etc.) y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la fecha efectiva del reintegro.

Así mismo solicitó que se le ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, realizar una nueva Junta Médico Laboral que incluya todos los exámenes necesarios para determinar la existencia, origen y magnitud de sus dolencias.

De otra parte pretendió que se ordene a la accionada incluirlo en los programas de capacitación orientados hacia su retorno a la vida civil, por llevar más de 12 años de servicio y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1793 de 2000; y por último, que todas las sumas que se deriven de tales condenas sean debidamente indexadas.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso el accionante que (fls.90 a 94) ingresó al Ejército Nacional como soldado regular en agosto de 2001 y posteriormente fue incorporado como soldado profesional hasta el 30 de noviembre de 2015 cuando fue retirado, completando así 14 años y 3 meses de servicio, tiempo en el que adquirió diferentes lesiones, que fueron relacionadas en el acta de octubre de 2014 así:

"1) DURANTE COMBATE POR ACCIÓN DE ONDA EXPOSIVA SUFRE TRAUMA ACUSTICO Y TRAUMA ABDOMINAL CERRADO VALORADO Y TRATADO POR CIRUGIA GENERAL Y OTORRINOLARINGOLOGIA QUE DEJA COMO SECUELA A) HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL DE 25 DECIBELES - B) TINITUS DERECHO- C) HEMORRAGIA DIGESTIVA RESUELTA- 2) DURANTE ACTOS DEL SERVICIO EN DESPLAZAMIENTO MIENTRAS PASABA POR UN CAÑO SUFRE CAIDA CON TRAUMA MANDIBULAR DE LABIO INFERIOR Y PERDIDA DE PIEZAS DENTALES 11 Y 21 VALORADO Y TRATADO POR CIRUGIA MAXILOFACIAL CON IMPLANTES Y MEDICINA GENERAL QUE DEJA COMO SECUELA A) CICATRIZ EN LABIO INFERIOR CON DEFECTO ESTETICO LEVE SIN LIMITACION FUNCIONAL- 3) LEISHMANIASIS CUTANEA VALORADO Y TRATADO POR MEDICINA GENERAL QUE DEJA COMO SECUELA A) CICATRICES EN ECONOMIA CORPORAL CON DEFECTO ESTETICO LEVE SIN LIMITACION FUNCIONAL- 4) CEFALEA TENSIONAL VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA ACTUALMENTE CONTROLADO- 5) DEPRESION REACTIVA VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRIA ACTUALMENTE EN TRATAMIENTO 6) APENDICITIS AGUDA VALORADA Y TRATADA POR CIRUGIA GENERAL CON APENDICECTOMIA SIN SECUELAS FIN DE LA TRANSCRIPCION" (sic)

Agrega el extremo demandante que en tal oportunidad sus lesiones fueron valoradas por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército determinando una disminución del 47.18% en su capacidad laboral con imputabilidad (Art. 24, Dcto. 1976 de 2000) *"EN EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO (...) EN SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO (...) ENFERMEDAD PROFESIONAL ; ENFERMEDAD COMUN."* (sic), sin embargo, inconforme con el resultado presentó convocatoria al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en mayo de 2015, básicamente por cuanto la *"4) cefalea tensional ... 5) depresión reactiva"* se consideraron enfermedad común cuando aduce que son consecuencia de las lesiones del numeral 1), lo cual fue soportado además con un informe de siquiatria particular realizado por un médico siquiatra de suficiente solvencia profesional.

En virtud de lo anterior y por considerar que la valoración cualitativa para no dar la reubicación laboral fue equivocada y que no se realizó valoración de oftalmología solicitó la revisión de tal calificación, sin embargo, el aludido Tribunal el 28 de julio de 2015, estableció que sus lesiones se clasifican en incapacidad permanente parcial, no apto y por tanto no se recomendó para reubicación laboral, con disminución de la capacidad del 27.52%, sin haber practicado exámenes que soportaran la decisión o al menos que desvirtuaran la valoración particular aportada.

Agregó que en enero de 2016, asistió a control médico sin renovación por haber sido retirado del servicio, decisión de la cual fue notificado el 1º de febrero de 2016, sin reconocimiento a pensión de invalidez o incapacidad permanente, ni derecho a servicios de salud, desconociendo que su situación le impide desarrollar una actividad económica estable para el sostenimiento propio o de su familia.

Aduce además que después de 12 años de servicio debía ser incluido en los programas de capacitación con orientación a la vida civil, vulnerando así sus garantías fundamentales pues la disminución de la capacidad sicofísica no es causal en sí misma suficiente para el retiro, quedando así a su suerte junto a su padre, una persona de la tercera edad que dependía económicamente del apoyo que le daba como soldado profesional.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 47, 48, 53, 54, 58, 90, 95, 122, 123, 209, 216 y 217 de la Constitución Política, 1, 2, 3, 34, 40, 41, 42, 66, 67 y 68 del CPACA, 8, 10 y 30 del Decreto 1796 de 2000 y la Ley 094 de 1989.

El apoderado de la parte actora manifestó que los actos demandados incurren en falsa motivación tras omitir pronunciamiento respecto de las pruebas aportadas y al no practicar exámenes médicos y paraclínicos necesarios para soportar su decisión, luego padece de defectos superlativos que permiten concluir que la actuación carece de objetivo y obedece a la voluntad y capricho de la administración, desconociendo garantías fundamentales como el mínimo vital, el debido proceso, la vida digna, el derecho a la salud, dejando de hacer honor a la máxima "fe en la Causa" que como soldado cumplió exponiendo su vida, más cuando, sin perjuicio del régimen prestacional de la fuerza pública, goza de las prerrogativas como trabajador consagradas en los artículos 25, 48 y 53 de la Carta Política, especialmente si se tiene en cuenta que es un sujeto de especial protección constitucional dado a su condición de debilidad manifiesta, para lo cual citó jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional guardó silencio dentro de la oportunidad legal correspondiente.

4. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: En virtud de lo anterior se colige que no existen medios exceptivos que deban ser objeto de pronunciamiento en esta etapa procesal.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 18 de mayo de 2018 (Fl. 196), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que se pronunciaron las partes en litigio, el extremo demandante reiterando sus pretensiones y argumentos de defensa, resaltando que mediante el dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá se desvirtúa la evaluación practicada por la entidad demandada, lo que en su criterio acredita, que los actos demandados fueron expedidos de manera irregular.

Por su parte el extremo pasivo refirió en sus alegaciones que se opone a todas las pretensiones ya que se acreditó que los actos demandados fueron debidamente expedidos y notificados, más cuando en el Acta de la Junta médica se determinó como “NO APTO” para la vida militar, decisión confirmada por el Tribunal pertinente y por tanto no procedía la reubicación laboral lo que obliga a la entidad a la expedición del acto de retiro, en consecuencia no se configura la falta de motivación alegada pues las diferentes patologías del actor fueron verificadas por los cuerpos colegiados pertinentes e idóneos.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 31 de marzo de 2017 (Fls.151-155), el Juzgado determinó que el litigio se centra en establecer si al demandante le asiste el derecho a ser reintegrado en el mismo cargo¹, empleo y funciones que venía desempeñando antes de ser retirado del servicio por la disminución de la capacidad psicofísica.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- a. Copia del Acta del Tribunal Médico Laboral No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015 (Fls. 4 a 11).
- b. Copia del Acta de Junta Médica Laboral No. 72581 del 24 de octubre de 2014 (fl. 14-16)
- c. Copia de la solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral Militar (fl.19-26)
- d. Copia del informe pericial remitido como soporte de la solicitud referida en el numeral anterior (fl. 27-54).
- e. Copias de informes de psicología y lesiones (fls. 55-59).
- f. Copias de la historia clínica del actor (fl. 60-75)
- g. Declaración juramentada rendida por el señor Copia de la certificación de tiempos prestados y de nómina (fl. 78-79).
- h. Copia de la Orden Administrativa de Personal OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del actor por "Disminución de la capacidad Psicofísica" (fl. 131)
- i. Dictamen de determinación de origen y pérdida de capacidad laboral y ocupacional emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (fls. 182-187).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso bajo estudio, el Despacho estudiará la competencia otorgada por el legislador y el ejecutivo a la policía Nacional para que pueda retirar del servicio a una persona que ha tenido una disminución de la capacidad psicofísica.

Facultad para retirar a un miembro de la Fuerza Pública cuando ha tenido una disminución en su capacidad psicofísica.

El Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1793 de 2000, mediante el cual estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en cuyo artículo 8º previó las causales de retiro de tales

"ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

3. <Numeral INEXEQUIBLE>

b. Retiro absoluto (...)” (Negrillas fuera de texto)

La capacidad psicofísica según el artículo 2 del Decreto Ley 1796 de 2000¹ es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir los miembros de la Fuerza Pública, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad psicofísica del personal será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es decir en primera instancia por la Junta Médica Laboral y en segunda instancia por el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía.

El artículo 3 del Decreto Ley 1796 de 2000 establece las tres formas que se clasifica la capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio, de la siguiente forma:

“CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. La capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones psicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad psicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración psicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto”.

El artículo 15 de la disposición normativa citada establece la facultad que tiene la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía para ordenar la reubicación laboral de un miembro que ha sufrido una disminución de la capacidad psicofísica.

Al respecto la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que más que una facultad, es una obligación de la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía, observar la posibilidad de reubicación laboral de un

¹ “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”

miembro bajo calificación, ya que se encuentran en juego derechos constitucionales como son el derecho a la igualdad y al mínimo vital, más cuando todas las personas que tienen una disminución de su capacidad psicofísica son sujetos de especial protección constitucional ya que gozan de estabilidad laboral reforzada².

En punto de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T- 928 de 2014 estableció dos criterios que se deben tener en cuenta para determinar si es procedente o no la reubicación de un miembro de la Fuerza Pública que ha tenido una disminución en su capacidad psicofísica de la siguiente manera:

*"Para determinar la procedencia de la reubicación existen dos elementos que deben tenerse en cuenta: uno **subjetivo**, que refiere a que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y otro **objetivo**, que se relaciona con la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto". (Negrillas fuera de texto)*

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 1º de diciembre de 2016 reiteró que la facultad otorgada por el legislador a la Junta Medica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía para calificar si es o no procedente la reubicación del servidor cuya capacidad psicofísica laboral ha sido disminuida no es potestativa sino obligatoria, en atención a la protección constitucional que recae sobre las personas discapacitadas establecidas a nivel interno y en el Sistema Universal de Derecho Humanos, como pasa a leerse:

"En el sub judice la Junta Médica Laboral calificó la disminución del 14% de la capacidad laboral del actor e indicó que no era apto para la actividad militar, decisión que fue confirmada por el Tribunal Médico Laboral de la entidad accionada. Sin embargo, la Junta no estudió si el demandante podría ser reubicado dentro del Ejército con funciones diferente a las militares, de conformidad con sus capacidades. Esta función de la Junta Médica Laboral está prevista en el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, que establece:

'ARTICULO 15. JUNTA MÉDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. Sus funciones son en primera instancia:

- 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
- 2 Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.
- 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.
- 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
- 5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.
- 6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.
- 7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento'.

Si bien, el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, no impone la obligación a la Junta Médica de recomendar la reubicación laboral, sino que es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados

² Para el efecto observar las siguientes sentencias expedidas por la Corte Constitucional: T-652 de 2017, T-459 de 2012, T-503 de 2010 y T- 141 de 2016.

profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.

Así mismo, la Sala recuerda que la obligación de la entidad demandada de reubicar laboralmente al accionante encuentra sustento en la aplicación del Convenio 159 de 1983 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas en situación de discapacidad, aprobado por la Ley 82 de 1988 (y) la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009.”³ (Negrillas fuera del texto)

En ese orden de ideas, para retirar del servicio a una miembro de la Fuerza Pública por la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario que la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares y de Policía se haya pronunciado sobre la procedencia o no de la reubicación laboral atendiendo las circunstancias fácticas y las capacidades administrativas, docentes o de instrucción del servidor.

Así mismo, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la Sentencia T-729 de 2016 al precisar que:

“37. La Corte Constitucional ha determinado que a cargo de la fuerza pública se encuentran una serie de deberes con su personal, entre los cuales se destaca (i) la obligación de prestar el servicio médico a favor de las personas que hubieren ejercido esta labor, (ii) la realización de una junta médica que califique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que –bajo ciertos supuestos- puede llegarse a repetir y (iii) el respeto a la estabilidad laboral reforzada de los soldados, a quienes se les debe garantizar el derecho a la reubicación laboral, la adopción de medidas afirmativas y la rehabilitación, siempre y cuando su pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50% y puedan ejercer ciertas labores administrativas o de docencia.”⁴ (Subrayas fuera de texto)

Quiere decir lo anterior, que al igual que los demás empleadores y sin perjuicio del régimen especial que gobierna la vinculación de los miembros de la fuerza pública, el Estado, está en la obligación de realizar acciones encaminadas a garantizar la protección especial que le asiste al grupo de personas que por la disminución de sus capacidades laborales se encuentran en estado de debilidad manifiesta, so pena de incurrir en una posible vulneración de derechos y garantías de carácter fundamental, y por tanto en dicha providencia el Alto Tribunal respecto de tal tópico refirió:

“(…). Así, (...) la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que, cuando se omite implementar acciones afirmativas en favor de este grupo que merece especial protección constitucional, se incurre en una forma de discriminación, debido a que tal omisión perpetúa la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente las personas en condición de discapacidad, y obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.”

(...)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 1º de diciembre de 2016, M.P. César Palomino Cortés, radicado interno No. (2122-13).

⁴ M. P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, Bogotá D.C., 16 de diciembre de 2016, Expediente T-5.723.462.

38. En síntesis, es necesario destacar que el Ejército Nacional debe respetar el derecho a la reubicación laboral que beneficia a los soldados que hubieren adquirido una pérdida de capacidad psicofísica inferior al 50% y según sus condiciones personales puedan realizar ciertas labores administrativas o de docencia. La finalidad de esta regla es reconocer que, con fundamento en el deber de reintegración social a cargo del Estado, el Ejército Nacional no puede entender que las fuerzas productivas de sus soldados se han agotado cuando pueden seguir prestando un valioso servicio, pese a que requiera de una capacitación adicional para encontrar alternativas laborales compatibles con su situación. Lo anterior es aplicable a los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral, no obstante que en el artículo 8° del Decreto 1793 de 2000 esta circunstancia se hubiere previsto como causal de retiro del servicio militar.

(...)

40. No pretende desconocer esta Corporación que la disminución en la capacidad laboral se previó como una causal de retiro del régimen de carrera de los soldados profesionales y esto, según lo ha entendido esta Corte, busca que efectivamente el personal pueda "(...) cumplir con la función que les ha sido asignada. Sin embargo, no se puede concluir que ello signifique que el Estado puede retirar a quienes han servido en la fuerza pública y han sufrido un menoscabo en sus aptitudes físicas, en detrimento de sus garantías a la salud y al mínimo vital"[54].

Una actuación contraria a la expuesta, esto es que el Ejército Nacional proceda a retirar a los soldados profesionales en virtud de una pérdida de capacidad laboral sin analizar la posibilidad de reubicarlos en labores administrativas o docentes, va en contra del inciso 2° del artículo 13 de la Constitución, del artículo 46 relativo a la obligación del Estado de impulsar una política de integración social en favor de las personas que cuenten con alguna pérdida de capacidad laboral y de la Ley 361 de 1997, la cual dispuso el derecho de estas personas a una rehabilitación integral, en la que en el ámbito laboral es especialmente relevante la prohibición de desvincular a las personas beneficiarias de la estabilidad laboral reforzada." (Resaltado fuera de texto)

En torno ha dicho tema se había pronunciado con anterioridad la Sala De Lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", mediante ponencia del Consejero Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, al memorar:

"En relación con dicha declaratoria de inexequibilidad resalta la Sala, que a juicio de la Corte Constitucional la citada norma tenía un carácter imperativo de tal modo que le permitía retirar de manera inmediata al personal militar que hubiera sufrido alguna disminución de su capacidad psicofísica, sin tener en cuenta sus condiciones propias y particulares. Bajo este supuesto, sostuvo la Corte que una persona discapacitada o con disminución de su capacidad psicofísica no podía ser retirada de la institución, por ese sólo motivo, si se demostraba que se encontraba en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción.

Así las cosas, estableció la Corte, que solamente después de realizada la valoración médica por la Junta Médico Laboral correspondiente, y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 1791 de 2000."⁵

CASO CONCRETO

Advierte el Juzgado que se encuentra acreditado que el accionante prestó sus servicios al Ejército Nacional por 14 años 3 meses y 13 días (fl.168), que el último cargo en el cual laboró fue como Soldado Profesional DIPER y que en servicio activo sufrió una serie de lesiones o enfermedades que se resumen así:

⁵ Bogotá D.C., 17 de marzo de 2011, Radicación Número : 20001233100020050066501 (1376-2008).

"1) DURANTE COMBATE POR ACCIÓN DE ONDA EXPOSITIVA SUFRE TRAUMA ACUSTICO Y TRAUMA ABDOMINAL CERRADO VALORADO Y TRATADO POR CIRUGIA GENERAL Y OTORRINOLARINGOLOGIA QUE DEJA COMO SECUELA A) HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL DE 25 DECIBELES - B) TINITUS DERECHO- C) HEMORRAGIA DIGESTIVA RESUELTA- 2) DURANTE ACTOS DEL SERVICIO EN DESPLAZAMIENTO MIENTRAS PASABA POR UN CAÑO SUFRE CAIDA CON TRAUMA MANDIBULAR DE LABIO INFERIOR Y PERDIDA DE PIEZAS DENTALES 11 Y 21 VALORADO Y TRATADO POR CIRUGIA MAXILOFACIAL CON IMPLANTES Y MEDICINA GENERAL QUE DEJA COMO SECUELA A) CICATRIZ EN LABIO INFERIOR CON DEFECTO ESTETICO LEVE SIN LIMITACION FUNCIONAL- 3) LEISHMANIASIS CUTANEA VALORADO Y TRATADO POR MEDICINA GENERAL QUE DEJA COMO SECUELA A) CICATRICES EN ECONOMIA CORPORAL CON DEFECTO ESTETICO LEVE SIN LIMITACION FUNCIONAL- 4) CEFALEA TENSIONAL VALORADO Y TRATADO POR NEUROLOGIA ACTUALMENTE CONTROLADO- 5) DEPRESION REACTIVA VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRIA ACTUALMENTE EN TRATAMIENTO 6) APENDICITIS AGUDA VALORADA Y TRATADA POR CIRUGIA GENERAL CON APENDICECTOMIA SIN SECUELAS FIN DE LA TRANSCRIPCION" (sic) (fl.7).

Adicionalmente se encuentra probado que con ocasión a lo anterior, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía mediante Acta No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015, modificó los resultados de la Junta Médico Laboral contenidos en el acta No. 72581 del 24 de octubre de 2014, determinando que el accionante había sufrido una disminución de su capacidad laboral total del 27.52%, clasificando las lesiones como incapacidad permanente parcial – NO APTO, según artículo 68 y 59 del Decreto 094 de 1989, por lo que indicó que *"No se recomienda la reubicación laboral"* (fl.10).

En ese orden, con base en la Acta No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional en conjunto con el Subdirector de Personal de la misma Institución, suscribieron la Orden Administrativa de Personal OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015, mediante la cual se decidió retirar del servicio al accionante bajo la causal señalada en el numeral 2° literal a) del artículo 8° y en el artículo 10, ambos del Decreto 1793 del 2000 (fl.131-132).

Revisadas entonces las Actas y la Orden Administrativa antes citadas, sea lo primero señalar que no se advierte configurado el cargo de nulidad atinente a la falsa motivación invocado por el extremo actor, pues la última de ellas, que es el acto administrativo que definió su situación jurídica al disponer su retiro de las Fuerzas Militares, fue motivada, tanto en las premisas normativas consagradas en los artículos 8 y 10 del Decreto Ley 1793 de 2000, como en las circunstancias fácticas de que dan cuenta las actas de calificación médica, mediante las cuales se soportó la disminución de la capacidad psicofísica del señor Zambrano Rodríguez.

Acorde con lo anterior, no es posible colegir que el acto administrativo objeto de litigio se encuentra falsa o erróneamente motivado, pues la causal invocada -disminución de

la capacidad psicofísica del actor-, fue acreditada no solo con los estudios contenidos en las actas mencionadas, sino también con las pruebas recaudadas dentro del plenario, pues nótese que mediante el Dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se probó que en efecto existe una pérdida de su capacidad laboral y ocupacional, concluyendo incluso que su porcentaje asciende al 48.91% (fls. 182-187), luego la motivación se ajusta a las circunstancias fácticas y jurídicas aplicables.

De otra parte, como se expuso en precedencia, la Junta Médica y el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía al momento de valorar si un miembro de la Fuerza Pública con base en dicha causal, debe analizar y procurar la reubicación de tal persona, teniendo en cuenta la disminución de la capacidad psicofísica y los criterios objetivos en cada caso particular, a efectos de establecer las capacidades administrativas o de docencia e instrucción con que cuenta el servidor.

Por tal motivo, se hace necesario observar si el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía en el Acta No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015, realizó una valoración sobre las circunstancias fácticas del actor para recomendar su no reubicación laboral, tópico respecto del cual dicho cuerpo colegiado expuso:

"5. Esta instancia evidencia que según el decreto 094 de 1989, se encuentran causales de no aptitud para el calificado, por lo cual se decide RATIFICAR la NO APTITUD otorgada en Primera Instancia para actividad militar.

6. Respecto de la recomendación de la reubicación laboral esta Instancia evidencia y considera que en concordancia a la patología de tipo mental que presenta el calificado ésta le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado al Ejército Nacional, aunado a que las situaciones de estresantes propias de la vida militar y el fácil acceso a las armas, pueden poner en situaciones de riesgo su vida la de los compañeros y la comunidad a la cual constitucionalmente está llamado a proteger, por lo tanto No se recomienda su reubicación laboral." (Resaltado del Despacho)

De lo transcrito, advierte el Juzgado que el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía cumplió con la carga de analizar la posibilidad de reubicación del actor en actividades de carácter militar, sin embargo ello no ocurrió respecto de una posible reubicación para ejercer funciones administrativas, de docencia y/o instrucción, pues al respecto no se presentó manifestación o argumento alguno, pese a que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales analizados en el marco jurídico de esta providencia, la entidad tenía la obligación legal y constitucional de hacerlo.

Bajo la anterior perspectiva, resulta forzoso colegir que el acto administrativo demandado incurre en infracciones a normas de carácter no solo legal sino también

constitucional, al desconocer garantías fundamentales como son la dignidad humana, la igualdad material y el mínimo vital no solo del actor que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, sino también de su núcleo familiar que, según el material probatorio recaudado, se compone por él y su progenitor, quien además dependía económicamente de sus ingresos como soldado profesional.

A semejantes conclusiones arribó el Máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia antes citada (T-729 de 2016), en la que vale decir, se analizó un caso de similares connotaciones, como se observa en el siguiente aparte:

"Además, es necesario indicar que el accionante adquirió sus padecimientos físicos y mentales a partir de un ataque que sufrió en una actividad propia del servicio, por lo que mal hizo el Ejército al desvincular al actor con sustento en no estar capacitado para otras labores operacionales, cuando el enfrentamiento con un grupo guerrillero cambió toda su perspectiva del futuro. En ese orden de ideas y por mandato de la Constitución, la rehabilitación en su favor debió incluir la capacitación para ejercer nuevas funciones. La actividad militar sitúa al sujeto que la desempeña en un contexto de grandes riesgos y en contrapartida se debe activar un mayor grado de solidaridad por parte del Estado, la que al menos debe permitir que el sujeto cuente con nuevas herramientas frente a un contexto, que suele ser, hostil."

41.3. La profesión militar es una actividad productiva de la que dependían, en el caso de Luis Alberto Cumaco Loaiza, su cónyuge, su hija de tres (3) años y sus padres. Las condiciones en las que se encuentra una persona en estado de debilidad manifiesta que es retirada del Ejército y que sólo tiene experiencia en el ámbito militar, llevan ciertas cuestiones inmersas, tales como la ruptura del proyecto de vida y de muchas de las perspectivas que a futuro preveía el núcleo familiar como posibles. La accionada debía haber generado instrumentos que propendieran hacia la realización del actor y la adecuación de su vida en un contexto nuevo y muy particular de quien, a partir de haber vivido la barbaridad de la guerra, ha desarrollado ciertas patologías psiquiátricas, como angustia y depresión reactiva." (Resaltado fuera de texto)

Desvirtuada así la presunción de legalidad de la que estaban revestidos los actos administrativos demandados, encuentra el Despacho procedente acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la Orden Administrativa de Personal OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015, cuyo soporte se fincó en el Acta de Tribunal Médico Laboral No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015, mediante la cual se modificó el Acta de Junta Médica Laboral No. 72581 del 24 de octubre de 2014, y a efectos de fijar los términos en que se deberán restablecer los derechos, el Despacho acoge los parámetros dispuestos en el precedente jurisprudencial tantas veces citado, en el cual se ordenó:

"42. Una vez se ha constatado la anterior vulneración de los derechos fundamentales del actor, advierte esta Corporación que la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional deberá reintegrar a Luis Alberto Cumaco Loaiza a un cargo que no implique el manejo de armas, pero que potencie y sea acorde con (i) sus condiciones de salud, (ii) sus destrezas, (iii) conocimientos y (iv) el grado de escolaridad. Para cumplir esta orden, la accionada no podrá aducir la falta de capacitación del accionante pues además de los estudios ya realizados, es al Ejército Nacional a quien le corresponde potenciar los nuevos conocimientos en los soldados que han perdido algún grado de su capacidad psicofísica.

Con todo, esta Corporación ordenará que el Ejército Nacional disponga de lo necesario para que el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía analice nuevamente la situación del señor Luis

Alberto Cumaco Loaiza, bajo las reglas y lineamientos fijados en esta providencia, con el fin de determinar el cargo al que debe ser reintegrado y las labores –administrativas, docentes o de instrucción– que puede desempeñar. En este análisis se tendrá que considerar si el riesgo derivado de la cercanía con las armas es real o hipotético y determinar con claridad qué funciones son compatibles con dicha conclusión.

Finalmente, se ordenará la afiliación inmediata del accionante a los servicios médicos que presta esta institución en aras de continuar con su proceso de recuperación y con su tratamiento psiquiátrico, el cual según se informó, se vio interrumpido a principios del dos mil dieciséis (2016)."

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que es al Ejército Nacional a quien le corresponde potenciar los nuevos conocimientos en los soldados que han perdido algún grado de su capacidad psicofísica, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a dicha institución que proceda a reintegrar al actor sin solución de continuidad, a un cargo que no implique el manejo de armas, pero que potencie y sea acorde con (i) sus condiciones de salud, (ii) sus destrezas, (iii) conocimientos y (iv) el grado de escolaridad, para lo cual, se reitera, no podrá aducir la falta de capacitación del demandante, más cuando, como bien aduce el demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1793 de 2000, los "Comandos de la Fuerza programarán la capacitación de los soldados profesionales, orientada hacia su retorno a la vida civil.", razón por la que lo procedente, es que sea incluido en los programas de capacitación en tal sentido.

Para tal efecto, se le ordenará que disponga de lo necesario para que a través de la dirección pertinente y de ser el caso mediante una nueva Junta o Tribunal Médico, se establezca la existencia, origen y magnitud de sus dolencias, con el fin de determinar el cargo al que debe ser reintegrado y las labores –administrativas, docentes o de instrucción– que puede desempeñar, análisis en el que se tendrá que considerar si el riesgo derivado de la cercanía con las armas es real o hipotético y determinar con claridad qué funciones administrativas son compatibles con dicha conclusión.

Así mismo, se ordenará que efectúe el pago todos los haberes (salarios, bonificaciones, primas, prestaciones legales y extralegales, etc.) y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la fecha efectiva del reintegro, con la consecuente la afiliación inmediata del accionante a los servicios médicos que presta esta institución en aras de continuar con su proceso de recuperación y con su tratamiento psiquiátrico, el cual según se informó, se vio interrumpido a principios del dos mil dieciséis (2016).

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de los derechos laborales reconocidos en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años

previstos en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000, en consecuencia, como quiera que entre la fecha de notificación de la Orden Administrativa OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015 y la presentación de la demanda (22 de abril de 2016⁶) no transcurrió el aludido término prescriptivo, se concluye que en el presente caso no operó el aludido fenómeno jurídico.

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

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir con ocasión a la desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en concordancia con el artículo 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Orden Administrativa de Personal OAP-EJE No. 2267 del 10 de noviembre de 2015, cuyo soporte se fincó en el Acta de Tribunal

⁶ Folio 122

Médico Laboral No. TML 15-I-508 del 16 de octubre de 2015, mediante la cual se modificó el Acta de Junta Médica Laboral No. 72581 del 24 de octubre de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: A título de Restablecimiento del Derecho se condena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que proceda a reintegrar al señor WUILVAR MATEO ZAMBRANO RODRÍGUEZ identificado con la C.C. 7.121.417, sin solución de continuidad, a un cargo que no implique el manejo de armas, pero que potencie y sea acorde con (i) sus condiciones de salud, (ii) sus destrezas, (iii) conocimientos y (iv) el grado de escolaridad y para lo cual no podrá aducir la falta de capacitación del demandante, sino que por el contrario deberá incluirlo en los programas de capacitación programados en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1793 de 2000.

Para tal efecto, se le ordenará que disponga de lo necesario para que a través de la dirección pertinente y de ser el caso mediante una nueva Junta o Tribunal Médico, se establezca la existencia, origen y magnitud de sus dolencias, con el fin de determinar el cargo al que debe ser reintegrado y las labores –administrativas, docentes o de instrucción- que puede desempeñar, análisis en el que se tendrá que considerar si el riesgo derivado de la cercanía con las armas es real o hipotético y determinar con claridad qué funciones administrativas son compatibles con dicha conclusión.

TERCERO: CONDENAR igualmente a la entidad demandada, al pago todos los haberes (salarios, bonificaciones, primas, prestaciones legales y extralegales, etc.) y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la fecha efectiva del reintegro, con la consecuente la afiliación inmediata del accionante a los servicios médicos que presta esta institución en aras de continuar con su proceso de recuperación y con su tratamiento psiquiátrico.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la siguiente fórmula señalada para tales casos por el Consejo de Estado, la que tiene por objeto traer a valor presente lo adeudado:

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

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes por cada derecho a que tuviere lugar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

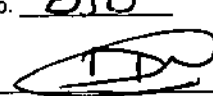
SEXTO: Se niegan las demás prestaciones de la demanda.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy <u>11 de julio de 2018</u> se notifica la anterior Sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>050</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00498-00
Demandante: **CLARA CASTILLO ROA**
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES**
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho interpuesto por la señora Clara Castillo Roa en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto negativo que surgió por la falta de contestación al escrito de petición del 23 de febrero de 2017.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios según los términos de la Ley 33 de 1985, el pago de la indexación y que se dé cumplimiento a la sentencia según los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.26 a 27):

La señora Clara Castillo Roa prestó sus servicios al Estado desde el 1º de agosto de 1978 hasta el 31 de mayo de 2015, periodo en cual efectuó la cotizaciones al Sistema de Pensiones.

La actora nació el 14 de enero de 1955 por lo que para el año 2010 cumplió 55 años de edad.

La demandante al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, por consiguiente tiene derecho a la aplicación integral del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es para su caso particular la Ley 33 de 1985.

El 8 de octubre de 2013, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante COLPENSIONES en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez según los términos de la Ley 33 de 1985.

La entidad accionada mediante la Resolución No. GNR 455 del 19 de febrero de 2014 reconoció pensión de vejez efectiva a partir de la acreditación del retiro del servicio.

El retiro del servicio se llevó a cabo el 31 de mayo de 2015.

El 23 de febrero de 2017, la parte actora en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la demandada con el fin que fuera reliquidada la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios conforme la Ley 33 de 1985, sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal se haya manifestado al respecto.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 33 1985, Ley 100 de 1993, Decreto 1045 de 1978 y Decreto 2701 de 1988.

Señaló el mandatario de la parte actora que la entidad demandada con el acto administrativo acusado infringió los mandatos jurídicos mencionados, teniendo en cuenta que la base de liquidación pensional debe estar constituida por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Adujó que el Despacho debe darle aplicación al precedente establecido por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, en el cual se indicó que a efectos de liquidar las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del

régimen de transición deben tenerse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En ese sentido, solicitó que se acceda a la reliquidación de la pensión que devenga la demandante con base en el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 61 a 68).

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

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas, es decir, Ley 33 de 1985 y 100 de 1993.

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

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, la presenta como norma general contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación sin que con ello se esté reconociendo algún derecho a la parte actora; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley, (iv) *"GENÉRICA O INNOMINADA"*, al solicitar que se declare la prosperidad de cualquier otra excepción que se encuentre demostrada en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, al precisar que la entidad que representa reconoció el derecho de la actora de conformidad con lo establecido por la Ley.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 29 de junio de 2018 (fl.91), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 13 y 12 segundos hasta el minuto 21 y 45 segundos y la demandada del minuto 21 y 46 segundos hasta el minuto 23 y 40 segundos de la grabación visible a folio 96 del expediente.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada el 29 de junio de 2018 (Fl.89), se determinó que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuró el silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la demandada el 23 de febrero de 2017?

2. ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- a. Copia simple de la Resolución No. GNR 455582 del 19 de febrero de 2014 mediante el cual se reconoció pensión de vejez a la actora (fls.2 a 7).
- b. Resolución No. 217 del 24 de noviembre de 2014 por medio de la cual el Instituto Colombiano de Antropología e Historia aceptó la renuncia presentada por la accionante (fl.8).
- c. Escrito presentado por la demandante en ejercicio del derecho de petición el 23 de febrero de 2017 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios según los términos de la Ley 33 de 1985. (fls.10 a 12).
- d. Certificado de los factores salariales devengados por la accionante en el último año de servicios (fls.13 a 16).
- e. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora Clara Castillo Roa (fl.17).

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar al silencio administrativo y su consagración legal para luego traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Silencio Administrativo

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la actora ante la Administradora Colombiana de Pensiones tiene fecha de radicación del 23 de febrero de 2017, es

aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

"Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda." (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado y en aquellos en eventos en los cuales la autoridad tenga un tiempo superior a los 3 meses para contestar una petición, el silencio administrativo negativo se configurara pasado un mes después del vencimiento de ese término especial.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que respecto a la solicitud de reconocimiento, reliquidación, reajuste o pago de las pensiones, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 975 de 2003, indicó los plazos con que cuentan las autoridades para dar respuesta a las referidas peticiones, de la siguiente manera:

"(...) Del anterior recuento jurisprudencial queda claro que los plazos con que cuenta la autoridad pública para dar respuesta a peticiones de reajuste pensional elevadas por servidores o ex servidores públicos, plazos máximos cuya inobservancia conduce a la vulneración del derecho fundamental de petición, son los siguientes:

(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajuste– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste un término mayor a los 15 días, situación de la cual deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver,

en qué momento responderá de fondo a la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001(...)" (Negritas fuera de texto).

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que en el asunto se está solicitando la reliquidación de una pensión de vejez, según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 975 de 2003, COLPENSIONES contaba con el término de 4 meses para contestar esa petición, motivo por el cual el silencio administrativo negativo se origina pasado un 1 mes después del vencimiento del referido término.

Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante variación en el Sistema de Fuentes.

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la *ratio decidendi* determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas¹ las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a

¹ Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fé y confianza legítima.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

"La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales. En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas." (Negrillas fuera de texto)

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha indicado que el precedente implica que *"un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación."*²

El precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido uno o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

Al respecto la Corte constitucional en sentencia T-794 de 2011 expuso:

"Precedente horizontal. Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas formulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: "(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser 'razonablemente previsibles'; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de 'disciplina judicial', en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial."

Precedente vertical. Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la

² T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.

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."

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10³, 102⁴, 256⁵, 269⁶ y 270⁷ mecanismos, recursos y formas de aplicación de las sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

³ ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁴ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁵ ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

⁶ ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

⁷ Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Precedente vertical respecto al IBL de la pensión de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

La atención del Despacho se centra en realizar un comparativo entre las posiciones adoptadas, de una parte por el Consejo de Estado, y de otra por la Corte Constitucional, con el objeto de determinar si a las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de su pensión, les es aplicable lo dispuesto en el régimen anterior, es decir el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese periodo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1985 (y demás normas que regulen el régimen de transición), o si por el contrario el IBL que reglamenta la liquidación de la pensión de esas personas está por fuera del régimen de transición y, en consecuencia, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores a la adquisición del derecho pensional con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Precedente Consejo de Estado

El Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio jurisprudencial en cuanto que los servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que su pensión sea liquidada con la tasa de reemplazo y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general) señalados en el régimen transicional, indicando que en tratándose de los servidores cuya situación concreta y particular se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, los factores allí distinguidos son enunciativos por lo que el IBL estará compuesto por todos aquellos conceptos que hicieron parte de la contraprestación directa del servicio en el último año sin importar que no estuvieran contenidos taxativamente en la Ley referida. Así indicó:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y

no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

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

*Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional."*⁸ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)"*⁹ (Negrillas fuera de texto).

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron de manera pacífica la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1985) tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que el análisis jurídico se centró en determinar los factores que debían o no ser incluidos dentro del IBL.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

⁹ Ibídem.

Rincón¹⁰, ratificó lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en cuanto que el IBL se encontraba determinado por el régimen de transición y centro su análisis en definir dos criterios diferenciadores para establecer si un emolumento que había sido percibido en el último año de servicio debía o no incluirse como base de liquidación a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no sólo está integrado por el porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo) establecida en el régimen transicional, sino también por el ingreso base de liquidación que se encuentra conformado por la totalidad de los factores salariales:

“En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

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

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

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

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

(...)

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, MP. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

En esa misma providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que el análisis que se realiza es respecto al régimen de transición de los servidores públicos (como juez natural), por lo cual el único precedente constitucional aplicable a casos análogos es aquel que haga referencia explícita a esos funcionarios públicos. Sobre este punto explicó:

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

Luego, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ratificó lo hasta aquí expuesto bajo los siguientes argumentos:

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

(...)

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

desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral (...). (Negrillas extra texto)

Posteriormente, teniendo en cuenta la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la cual ordenó proferir una nueva sentencia en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, expedida a la Sección Segunda de esa Corporación, dicha Sección en cumplimiento de esa orden expuso en providencia del 9 de febrero de 2017, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, a pesar que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sección Quinta, dejó en claro que ello no implicaba una variación en su postura respecto a que el concepto de monto se encuentra cobijado bajo el régimen de transición, esto es, tanto la tasa de reemplazo y el IBL conformado por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general).

Después del pronunciamiento de tutela del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-

2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en la tutela referida para acoger en su integridad el establecido por la Sección Segunda.

Finalmente, el Consejo de Estado mediante providencia del 29 de agosto de 2017, decidió avocar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del proceso No. 2012-00143-01, con el fin de unificar la posición de esa Corporación en torno al ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, definiendo dos subtemas principales: (i) periodo de liquidación del IBL y (ii) factores salariales del IBL, sentencia de unificación que hasta la fecha no ha sido proferida.

Precedente Corte Constitucional

El estudio de la Corte Constitucional respecto al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comenzó a realizar a través de la Sentencia C-165 de 1994 en la cual se determinó que las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, semanas de cotización o tiempo de servicios presentados. No obstante, respecto a lo demás se estaría a lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. Sobre el particular la providencia anotada expresó:

" (...) dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley". (Negrillas del Despacho)

De la lectura de la anterior providencia, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró que el régimen de transición tiene en cuenta la edad, tiempo de prestación de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, el ingreso base de liquidación se liquida con base en los lineamientos generales establecidos en el régimen general, esto es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional en auto 229 del 10 de mayo de 2017 como argumento para declarar la nulidad de la sentencia T- 615 de 2016, señaló:

"La Corte también valoró el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas sujetas al régimen de transición de manera específica. Concretamente, la Corporación analizó las condiciones estipuladas en el mencionado inciso, entendiendo, desde ese momento, que las reglas allí previstas para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y, por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.

Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. (...)

Es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.

Asimismo, luego del estudio de la sentencia cuya nulidad se solicita, la Corte constata que la providencia no tuvo en cuenta el precedente constitucional, según el cual, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. No solo porque este criterio surge con las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-168 de 1995, sino porque la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993 constituye la línea jurisprudencial consolidada, imperante y en vigor de esta Corporación.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el IBL es un elemento que debe calcularse de conformidad con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con los criterios consignados en la legislación anterior. Esta pauta surge con la Sentencia C-168 de 1995, donde por primera vez la Sala Plena de la Corporación emite un pronunciamiento de fondo en la materia. Dicha sentencia, constituye la posición de la Corte respecto de la forma cómo debe aplicarse el IBL, la cual, con posterioridad, a través de la solución de casos particulares (...)"
(Negrillas fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013 declaró la inexecutable parcial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 (disposición normativa que regula el régimen especial de pensiones de los congresistas y magistrados de altas cortes), indicó que el IBL no integraba el régimen de transición y por lo tanto las pensiones de ese grupo debían liquidarse según los términos del inciso tercero del artículo 36 y el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

No obstante, la referida Corporación fue enfática en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013, que las sub reglas de derecho derivadas de la *ratio decidendi* eran aplicables sólo respecto a las personas beneficiarias del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 esto es a los congresistas y magistrados de altas cortes.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-230 de 2015 bajo el trámite de revisión de tutela al estudiar el caso de una persona que había

trabajado para el sector privado y que era beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 en el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral había ordenado liquidar su pensión con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 bajo el fundamento que la *ratio decidendi* de esa providencia era un criterio en abstracto y de obligatorio cumplimiento para los jueces, por lo cual en todos los eventos en los cuales se discutiera el IBL de una persona beneficiaria del régimen de transición debía tenerse en cuenta las subreglas establecidas en dicha sentencia, motivo que lo llevo a confirmar las decisiones proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Así, para mayor claridad se citan algunos apartes de la sentencia SU – 230 de 2015:

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

(...)

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

(...)

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

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado."

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

Luego, el máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia SU – 427 de 2016 al estudiar un acción de tutela interpuesta por una persona contra las decisiones de la Jurisdicción ordinaria Laboral, señaló que el régimen de transición incluye los conceptos de edad, tiempos de servicio y monto entendido como tasa de reemplazo, lo que significa que el IBL debe efectuarse conforme al régimen señalado en la Ley 100 de 1993, para el efecto señaló la anotada sentencia que una interpretación contraria podría *"derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las*

normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico”.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017 al estudiar en sede de revisión casos particulares de servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto sus prestaciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reiteró que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme lo señalado en los artículos 34 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Prevalencia del precedente de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las del Consejo de Estado.

Conforme hasta lo aquí expuesto, existe una clara distinción entre la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a si el IBL es objeto del régimen de transición.

Así, mientras el Consejo de Estado sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad y no regresividad laboral el concepto de monto no sólo recoge la tasa de reemplazo a aplicar sino el IBL, la Corte Constitucional en respeto al principio de sostenibilidad financiera indica que el régimen transicional sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las normas generales de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario jurídico, surge el interrogante sobre que precedente jurisprudencial se debe seguir, esto ateniendo que ambos son precedentes verticales de obligatorio cumplimiento conforme a lo expuesto en el artículo 230 de la Constitución Política y la variación en el sistema de fuentes al que se encuentra atado el operador jurídico.

Al respecto, el Juzgado considera necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 en las cuales se declaró exequibles los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y en las que se resaltó que en caso de controversia entre una sentencia de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se aplicará de manera preferente la de esta

última atendiendo su papel de interprete auténtico de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política como norma de normas (artículo 4 C.P.) del sistema jurídico Colombiano.

Así, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional decidió emitir una sentencia aditiva al señalar que las autoridades administrativas y judiciales al momento de dar aplicación a una sentencia de unificación del Consejo de Estado deberá dar aplicación preferente a las sentencias dictadas por el máximo tribunal constitucional en sede de tutela o en control abstracto de constitucionalidad en virtud de la prevalencia de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes y del papel de la Corte como interprete auténtico de la norma superior.

A continuación se transcriben algunos apartes de la sentencia C-634 de 2011:

"De otro lado, la inclusión del precedente constitucional en el precepto analizado resulta obligatoria para el legislador, pues ello se colige de los principios de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional, conforme lo expuesto esta sentencia. Así, se cumple con la segunda condición para la verificación de omisiones legislativas relativas. Ahora bien, es importante destacar que la misma norma acusada determina, como no podía ser de otro modo, que las autoridades administrativas están sometidas a la aplicación uniforme de las normas constitucionales. Quiere ello decir, según los fundamentos jurídicos precedentes, que ese deber incorpora la obligación que dichas autoridades utilicen las reglas de derecho, derivadas de la jurisprudencia constitucional, que fijan el contenido y alcance de las normas de la Carta Política. Lo contrario significaría desconocer el artículo 241 C.P., norma que confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Este precepto, junto con el artículo 243 C.P., no son fórmulas retóricas del Estatuto Superior, sino la fuente normativa del carácter autorizado y vinculante de las subreglas jurisprudenciales creadas por esta Corporación. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales.

Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesridas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional." (Negrillas fuera del texto)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 resaltó nuevamente que sus sentencias deberán ser aplicadas de forma preferente y prevalente respecto a las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado. En la providencia referida la Corporación Constitucional expuso:

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia (...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia" (Negritas fuera de texto)

En ese orden de ideas, resulta claro que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en caso que existan dos criterios unificadores contrarios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, deberá aplicarse el expuesto por la Máxima Corporación Constitucional dado a su papel de interprete auténtico de la norma de normas y por ende de todas las disposiciones legales sobre las cuales se aplique una interpretación a la luz de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política.

CASO CONCRETO.

Entra el Juzgado a resolver los interrogantes formulados en el problema jurídico, esto es en primer lugar si se encuentra configurado el silencio administrativo que dio origen al acto ficto por no darse respuesta al escrito de petición interpuesto por la accionante el 23 de febrero de 2017, para luego analizar si le asiste derecho a dicho sujeto procesal a la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Silencio Administrativo

Conforme se expuso en precedencia, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la Ley contempla que ante la falta de decisión de la administración se de origen a un acto ficto que dependiendo de la solicitud tendrá el carácter de positivo o negativo, lo anterior en aras de evitar que la administración deje

indefinidamente un asunto sin resolver, además que la configuración del acto presunto le permite al interesado acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la actora en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el 23 de febrero de 2017 (fls.10 a 12), en la cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios según los términos de la Ley 33 de 1985, sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal se haya pronunciado, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto del 23 de julio de 2017 según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 y atendiendo que COLPENSIONES contaba con el término especial de 4 meses para resolver la petición referida.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante COLPENSIONES el 23 de julio de 2017.

Reliquidación Pensional.

El Juzgado resalta que con anterioridad se acogía en su integridad la tesis del Consejo de Estado según la cual el régimen de transición cobijaba tanto la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el Ingreso base de liquidación. No obstante, con base en el expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, en cumplimiento del artículo el 7º del CGP¹¹ aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente¹², el Despacho pasa a exponer las razones por las cuales cambia su posición y decide aplicar las subreglas de derecho establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017.

¹¹ “Artículo 7: Legalidad (...)

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos” (Negrillas fuera del texto original)

¹² De esa manera si el juez desea apartarse de un determinado precedente debe cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es exponer con claridad las razones por las cuales se aparta de ese precedente, porque no es aplicable al caso en concreto y porqué una aplicación distinta a ese precedente en ese asunto optimiza de mayor medida los derechos consagrados en la constitución política bajo el principio de razón suficiente. Para el efecto ver la sentencia T-116 de 2016.

Cumplimiento del precedente vertical dictado por la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación

Conforme se indicó, para que se considere que las subreglas establecidas en una sentencia proferida por la Corte Constitucional es necesario que se acredite que: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional similar y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver posteriormente¹³. Es decir, que exista una identidad fáctica, jurídica y causal sobre el caso antes decidido.

Por lo expuesto, el Juzgado resalta que sólo la sentencia SU-395 de 2017 se ajusta a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para que se constituya como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento respecto a la tesis según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición y por lo tanto los servidores públicos que son beneficiarios de ese régimen a efectos de la liquidación y reliquidación de su pensión deben atender lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto si bien en la sentencia C-165 de 1994, se hizo referencia respecto a que sólo es objeto de transición la edad y el tiempo de servicios y lo demás se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, esta posición no fue pacífica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo establecido por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-210 de 2017 en el cual indicó:

“Sobre este tema, la Corte ha precisado que en 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, razón por la 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.

Así por ejemplo, en la Sentencia C-168 de 1995, que declaró la inexecutable de un segmento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecía, para efectos de la liquidación de la pensión, un tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, la Corte no hizo ningún pronunciamiento sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de ingreso base de liquidación. Posteriormente, en las Sentencia C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, que declararon inexecutable las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003 al inciso

¹³ Ver T 292 de 2006.

segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación tampoco abordó lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición.

Solamente, hasta el pronunciamiento realizando en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación, en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (...) " (Negrillas fuera de texto)

En ese orden de ideas, no se podía considerar como precedente jurisprudencial la sentencia C-165 de 1994, ya que existía discusión respecto a si la misma se había o no referido al IBL de la personas beneficiarias del régimen de transición.

Respecto a la sentencia C-258 de 2013, como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, en ese asunto se estudió el régimen especial de los congresistas y magistrados de altas Cortes, razón por la cual las subreglas establecidas no son aplicables como precedentes a los casos en los cuales se discuta la forma de liquidar el IBL de los servidores públicos distintos a ese grupo beneficiarios del régimen de transición, ya que por disposición expresa de la misma Corte Constitucional ese criterio interpretativo sólo se aplica al referido grupo.

A igual conclusión se llega respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU - 427 de 2016, toda vez que en esas oportunidades la Corte Constitucional estudio eventos resueltos por la Jurisdicción Ordinaria Laboral que dentro de sus competencias había decidido que el IBL no hacia parte del régimen transicional, posición que fue respaldada por el Máximo Tribunal Constitucional.

En efecto, al advertirse que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es el juez natural de los temas pensionales de los servidores públicos no les es aplicable las reglas previstas para trabajadores oficiales y ordinarios cuyas controversias las resuelve la Jurisdicción Ordinaria a través de su especialidad laboral, motivo por el cual las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no se configuraron como "precedente unificador" para este Despacho.

Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especial del INPEC, para concluir

que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993 (promedio de los últimos 10 años).

En ese orden de ideas, al existir precedente de la Corte Constitucional respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición, distinto a la tesis expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, deberá darse plena aplicación a lo expuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y teniendo en cuenta su papel de interprete autorizado de la Constitución Política su precedente es de obligatorio cumplimiento respecto a los emitidos por los demás órganos de cierre.

Por lo anterior, el Juzgado acoge en su integridad el precedente establecido por la Corte Constitucional, no sólo por su carácter prevalente si no por las razones que pasan a exponerse.

Fundamentos que tuvo el Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado para aplicar en su integridad el régimen de transición.

Dentro del discurrir argumentativo de esta providencia, se ha establecido que este Despacho con base en la sentencias del Consejo de Estado ha manifestado que en virtud de los principios de inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad laboral y *pro homine* concluyó que el IBL también es objeto dentro del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad¹⁴, sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a ese principio al determinar que por un lado se establece el beneficio del régimen de transición respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el IBL se establece con el régimen general; toda vez que se está dando aplicación plena y en su integridad a la Ley 100 de 1993, que en la totalidad de su artículo 36 consagró el régimen de transición y los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios,

¹⁴ Corte Constitucional sentencia T-832A-13

(iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se reitera deberá efectuarse con base en los criterios generales del Sistema General de Pensiones.

Sobre el principio de progresividad y no regresividad laboral, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que los Estados deben progresivamente efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales y está prohibido todo retroceso en un derecho que se haya alcanzado.

Al respecto, advierte el Despacho que la tesis según la cual el IBL hace parte del régimen de transición ha sido defendida por el Consejo de Estado dentro de sus competencias. No obstante, no se había realizado una mirada constitucional por parte del intérprete autorizado de la Constitución Política respecto al tema en estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema *sub examine* estudio bajo el escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones constitucionales, ha mantenido una línea uniforme (C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU – 210 de 2017 y SU – 395 de 2017) respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En ese orden de ideas, en primer lugar, no se puede argumentar que existe un derecho adquirido bajo la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición ya que esa calidad se adquiere cuando la persona cumple con todos los requisitos legales para acceder a una pensión con la aplicación completa de su régimen sin que sea plausible una modificación y/o extensión de beneficios por fuera del marco de acción otorgado por el legislador por vía jurisprudencial.

En segundo lugar, bajo la mirada constitucional del intérprete autorizado de la Constitución, la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la norma superior, es aquella según la cual el IBL no es objeto del régimen transicional: (i) porque permite por un lado que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por otra parte, respecto al principio *pro homine* o pro persona dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que este tiene dos manifestaciones o reglas principales: (i) preferencia interpretativa y (ii) preferencia de normas¹⁵.

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Frente a estos últimos, se tiene que la interpretación de Convenios de Derechos Humanos y normas nacionales siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se ajuste a los principios señalados en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la preferencia de normas se entiende como la aplicación de aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador, en caso de que resulten dos o más normas aplicables a un mismo asunto.

Ahora bien, en Colombia el principio *pro homine*, en el plano laboral ha tenido plena aplicación en el principio protector recogido por la Constitución Política en el artículo 53, al consagrar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*.

Así las cosas, el principio de favorabilidad hace referencia que ante la existencia de dos o más normas aplicables al caso en concreto deberá preferirse aquella que más favorezca al trabajador,¹⁶ y el *indubio pro operario* hace referencia que ante dos o más interpretaciones posibles respecto a una norma deberá aplicarse aquella que más beneficie al empleado¹⁷.

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición pues este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, publicada por la Fundación Konrad Adenauer dentro del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Colombia, año 2014, ISBN 978-607-468-599-2, pag. 706-712.

¹⁶ Para el Efecto. Ver T-559/11

¹⁷ Para el Efecto. Ver T-730/14

100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias de ese régimen se efectúa con base en los criterios generales de la referida Ley.

Respecto al principio de *indubio pro operario*, señala el Juzgado que si bien a primera vista resulta más beneficiosa la interpretación según la cual el IBL es objeto de transición, conforme se indicó bajo el criterio de preferencia interpretativo extensivo y restringido, lo cierto es que el operador jurídico debe encontrar un equilibrio entre la normas que integran la Constitución Política; valoración que efectuó la Corte Constitucional como interprete autorizado en las sentencias citadas y en donde concluyó que en pro de salvaguardar los principios en disputa (sostenibilidad financiera y seguridad social de las personas beneficiarias del régimen de transición) es más ajustada a las principios y derechos de la norma superior la lectura según la cual el IBL no está sujeto a transición.

Lo anterior se reitera porque: i) permite por un lado que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo¹⁸ con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por todo lo expuesto, el Juzgado acoge en su integridad el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según el cual el régimen de transición sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las criterios generales establecidos en la Ley 100 de 1993, esto es “*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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*”, como lo prevé el artículo 21 de la referida norma.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que la señora Clara Castillo Roa, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del

¹⁸ Sobre el particular se resalta que en ocasiones las autoridades administrativas y judiciales han modificado la tasa de reemplazo sobre la cual se liquida la pensión de un servidor público, cuando se avizora que en aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficioso la aplicación del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

acto ficto acusado mediante el cual la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez.

En consideración de la parte actora, la entidad debe tener en cuenta la totalidad de salarios devengados en el último año de servicios, ello en virtud de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición según el cual *"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."*

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del anotado Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición es necesario determinar si: (i) para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cumplía con los requisitos señalados en el artículo 36 de esa disposición (ii) una vez cumplido lo anterior, verificar si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la accionante tenía cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo y; (iii) establecer si al 31 de diciembre de 2014 la señora Clara Castillo Roa había cumplido en su totalidad los requisitos para acceder a su pensión de vejez.

En ese orden de ideas, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual la actora tenía 39 años de edad, pues nació el 14 de enero de 1955, tal como se evidencia de la Resolución No. GNR 45582 del 19 de febrero de 2014, motivo por el cual se concluye que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem. Por otra parte, el 25 de julio de 2005 entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, fecha para la cual la accionante había cotizado más de 750 semanas conforme se advierte del reporte de semanas de cotizaciones en pensiones (fls.57 a 59).

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo el criterio esbozado en precedencia, considera este Despacho que para el asunto en concreto la aplicación integral del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 no es procedente, en consideración a que la Máxima Corporación Constitucional dispuso que en el marco de la transición de la Ley 100 de 1993, únicamente se tendrían en cuenta los presupuestos de la edad, el tiempo de servicios y el monto, refiriéndose este último a la tasa de remplazo y del cual se excluye el ingreso base de liquidación.

Así mismo, vale precisar que conforme al aludido pronunciamiento, resalta que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados por la normativa actual, es decir en el Decreto 1158 de 1994, lo cual dejó extractado en los siguientes términos:

*"A esta conclusión se arriba con fundamento en el análisis esbozado en los casos anteriores sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual sólo deben mantenerse las prerrogativas de los regímenes anteriores en cuanto a (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior (Decreto 1158 de 1994). A esta misma inferencia llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia impugnada, atendiendo la interpretación constitucionalmente admisible en los términos de los argumentos ya explicados en la presente sentencia."*¹⁹

En ese orden, revisada la Resolución No. GNR 45582 del 19 de febrero de 2014, se advierte que en la misma se dio aplicación a la normatividad conforme a los parámetros antes expuestos, pues en efecto dio aplicación al régimen de transición en lo atinente a la edad y tiempo de servicios como requisitos para acceder a la prestación pensional, así como al porcentaje de tasa de remplazo para determinar el monto de la misma, teniendo en cuenta para ello el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores salariales "establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994" (fl.3).

Así las cosas, no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, puesto que se estaría contrariando el precedente fijado por la Corte Constitucional, por lo que se negaran las pretensiones de la demanda.

¹⁹ SU – 395 de 2017, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 23 de febrero de 2017 ante COLPENSIONES, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

S.A


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 11 de julio de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>050</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2017-00537-00

Demandantes: Henry Mejía Suescún

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional – Ejército y la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares – CREMIL

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – IPC asignación básica

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Henry Mejía Suescún a través de apoderado judicial en contra de la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Ejército y la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Henry Mejía Suescún, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de los Oficios Nos. 20173172003481 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 10 de noviembre de 2017 proferido por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y el 0053487 del 4 de septiembre de 2017 mediante los cuales las entidades demandadas negaron la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el reajuste de la asignación básica conforme al IPC para los años de 1997 a 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a las entidades demandadas:

1. Reajustar en el porcentaje que corresponda la asignación mensual de retiro del actor, con la diferencia económica de los aumentos salariales dejados de cancelar por la demandada para los años 1997 a 2004 con lo realmente

reajustado y pagado en su asignación mensual de retiro, para ese año en adelante con su correspondiente retroactivo.

2. Condenar a la entidad accionada al pago de las sumas adeudadas indexadamente.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 51 vto. a 54):

El señor Corone @ Henry Mejía Suescún prestó sus servicios por más de 30 años en el Ejército Nacional.

El demandante en servicio activo percibió para el periodo comprendido entre 1997 a 2004, su sueldo básico de acuerdo a lo establecido en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en los cuales no se realizaron incrementos con los porcentajes del IPC.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, mediante la Resolución No. 6040 del 31 de julio de 2017, reconoció asignación de retiro al actor efectiva a partir del 23 de agosto del mismo año.

El demandante mediante apoderada judicial el 15 de agosto de 2017 y el 12 de septiembre de 2017 presentó escritos en ejercicio del derecho de petición bajo los consecutivo Nos. 20170070163 y 20171153434652 respectivamente ante las entidades demandadas, mediante los cuales solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en las diferencias económicas de los aumentos salariales dejados de cancelar para los años 1997 a 2004 con base en los incrementos del IPC.

CREMIL y el Ejército Nacional a través de los Oficios Nos. 0053487 del 4 de septiembre de 2017 y 20173172003481 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 10 de noviembre de 2017 dieron respuestas negativas a la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 13, 25, 42, 53, 90, 150, 152, 192, 334, 366 y 373 de la Constitución Política, literal a) del artículo 2°, 4°, 11 y 13 de la Ley 4ª de 1992, numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley 923 de 2005 y Decretos 62 y 122 de 1997, 2737 de 2001, 3552 de 2003, 4433 y 4458 de 2004.

Señaló que se vulneró la Constitución Política al no incluir en la asignación de retiro del actor la correcta liquidación de la asignación básica percibida en actividad para los años de 1997 a 2004 de conformidad con los incrementos establecidos en el IPC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. CREMIL contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 83 a 87 vto.).

La apoderada de CREMIL, manifestó que los incrementos de los sueldos básicos del personal militar en actividad se realizad de conformidad con los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, indicó que para los años 1994 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo por lo que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que no gozaba de asignación de retiro para el periodo antes mencionado.

En tal sentido, teniendo en cuenta la fecha en la cual el accionante obtuvo el derecho a percibir asignación de retiro no es susceptible del incremento con base en el IPC para las anualidades citadas.

Por ello, propuso las excepciones que denominó (i) "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA" (ii) "INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR EL REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO" y (iii) "PRESCRICIÓN DEL DERECHO"

Vale precisar que en la audiencia inicial evacuada el 22 de junio de 2018 (fls. 162 a 165), el Despacho declaró no probada la excepción de falta de legitimada en la causa por pasiva y refirió que en la sentencia se resolvería sobre el resto de medios exceptivos, por cuanto no ostentaban el carácter de previas, salvo la atinente a la prescripción, que en todo caso, su análisis depende de la prosperidad de las pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 22 de junio de 2018 (fls. 162 a 165), en la etapa de alegatos la parte actora expuso sus alegatos de conclusión del minuto 21:11 segundos hasta el minuto 32:45 segundos de la grabación (fl. 165).

La apoderada del Ejército Nacional expuso sus alegatos de conclusión del minuto 32:45 segundos hasta el minuto 34:40 segundos de la grabación (fl. 165).

La apoderada de CREMIL no asistió a la audiencia inicial.

El Ministerio Público emitió concepto del minuto 34:50 segundos hasta el minuto 57:54 segundos de la grabación (fl. 165).

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

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 22 de junio de 2018 (fls. 162 a 165), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reliquidada la asignación de retiro teniendo en cuenta el reajuste de la asignación básica que devengo en actividad para el periodo comprendido entre 1997 y 2004 con base en el IPC?

ACERVO PROBATORIO: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Resolución No. 6040 del 31 de julio de 2017, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconoció asignación de retiro al actor efectiva a partir del 23 de agosto de 2017 (fls. 24 a 25 vto.).
2. Hoja de servicios del accionante (fls. 26 y 26 vto.).
3. Escrito presentado mediante apoderado por el señor Mejía en ejercicio del derecho de petición ante CREMIL el 15 de agosto de 2017, mediante el cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC para los años 1997 a 2004 (fls. 3 a 11).

4. Oficio No. 0053487 del 4 de septiembre de 2017, a través del cual CREMIL negó la anterior solicitud (fls. 22 a 23 vto.).
5. Oficio No. 20173172003481 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 10 de noviembre de 2017, a través del cual el Ejército Nacional negó la solicitud de reajuste del sueldo básico y demás prestaciones sociales de conformidad con el IPC (fls. 21 Y 21 vto.).
6. Antecedentes administrativos allegados por la entidad demandada obrante a folios 88 a 104 del plenario.
7. Extracto de pagos del salario por el accionante para los años de 1997 a 2017 (fls. 30 a 50)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis respecto de la normatividad que establece la escala salarial de los miembros de la Fuerza Pública y la manera en que se reajustan las asignaciones de retiro y/o pensiones de dicho personal.

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la Ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez, la Ley 4ª de 1992 (Ley marco) determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto de la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional, sostuvo:

"Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos

150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

"(...)

"Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquél conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad"¹.

En ese sentido, en tratándose el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Ley 4ª de 1992 determinó en su artículo 3º que dicho régimen tendrá en cuenta cada grado, sus funciones y el tipo de remuneración será acorde con la prestación personal del servicio:

"Artículo 3º.- El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos".

Por su parte el artículo 13 de la Ley en mención, ordenó la creación de una escala gradual porcentual, en la cual se estableciera la remuneración salarial respecto de los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública conforme a su grado de la siguiente manera:

"Artículo 13º.- En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2."

En ese orden de ideas, en desarrollo de la anterior normativa, el Gobierno expidió anualmente los Decretos en los cuales fijó la escala gradual porcentual para los miembros de la Fuerza Pública donde determinó el porcentaje del sueldo básico de los miembros activos de cada grado tomando como base el grado de General y el Ministerio del Despacho en forma descendente.

Así pues, en concordancia con lo anterior fueron expedidos los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1463 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014 y 1028 de 2015.

¹ Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

En ese orden de ideas, el Gobierno año tras año realiza el reajuste de la asignación básica de cada uno de los miembros activos de la Fuerza Pública, con la expedición de los Decretos mencionados, teniendo en cuenta el reajuste realizado al Ministro del Despacho y al grado de General según el principio de oscilación.

Por otra parte, respecto al régimen pensional que rige a los miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública de la siguiente manera:

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

La anterior disposición fue adicionada por el parágrafo 4° artículo 1° de la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

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

Concordante con lo anterior y sobre el reajuste de las pensiones, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

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

Lo referido significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho al reajuste de sus pensiones y/o asignaciones de retiro teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para los años de 1997 a 2004, toda vez que el Decreto 4433 de 2004 retomó el sistema de oscilación como punto de partida para el reajuste de las prestaciones pensionales para los años subsiguientes.

Como se advierte, el reajuste de que trata la Ley 238 de 1995, se efectuó sobre el grupo poblacional de las Fuerzas Militares y de Policía que a la entrada en vigencia de dicha norma ostentaba la calidad de pensionados o que disfrutaban de asignación de retiro, toda vez que la Ley 100 de 1993 consagra el Sistema General de Pensiones, sin que en ningún momento regule temas salariales o prestacionales, aunado al hecho que como se indicó por disposición expresa de los artículos 150, 217 y 218 de la Constitución Política dichos miembros gozan de un régimen salarial y prestacional especial regulado por el Gobierno Nacional con sujeción a la Ley 4ª de 1992.

En efecto, para los años 1997 a 2004 el reajuste de las asignaciones básicas de los miembros activos de la Fuerza Pública se llevó a cabo teniendo en cuenta la escala gradual salarial porcentual según el principio de oscilación, mientras las pensiones y/o asignaciones de retiro de dicho grupo les fue reajustada con base en el IPC certificado por el DANE.

Derecho a la Movilidad Salarial

Atendiendo que en el asunto de la epígrafe, se ve presuntamente afectado el derecho a la movilidad salarial, el Despacho considera pertinente realizar las siguientes precisiones:

Este derecho tiene fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual lo consagró con el fin de establecer una paridad en la relación laboral entre el empleador y empleado independientemente de ser o no Servidores Públicos. Igualmente estableció el aumento del salario teniendo en cuenta el incremento de los bienes y servicios por la depreciación de la moneda.

Así lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-279 del 2010:

“La equivalencia entre la asignación salarial y el respectivo ajuste conforme a los factores socioeconómicos que inciden en su determinación como es la inflación, debe ser real y permanente, y conseguirla supone necesariamente mantener actualizado el valor del salario, ajustándolo periódicamente en consonancia con el comportamiento de la inflación, con el fin de contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo, y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor.”

Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional frente al poder adquisitivo del salario de los Servidores Públicos con diferentes escalas salariales expresó las limitaciones que

existen en cuanto a los aumentos anuales teniendo en cuenta los diferentes principios constitucionales en la Sentencia C-391 de 2004:

"A pesar de que la jurisprudencia ha dejado sentado que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario no es un derecho absoluto, sino que antes bien por esencia es limitable, estas limitaciones deben cumplir ciertas condiciones a las que ya se refirió la Corte en las sentencias que anteriormente fueron comentadas, condiciones que evitan que el derecho se diluya en las consideraciones relativas al principio de prevalencia del interés general. Conforme a tales condicionamientos, (i) el derecho a obtener el reajuste salarial de los servidores públicos que devengan bajos salarios es "intangible"; (ii) en principio, el derecho de estos servidores al reajuste anual implica que el aumento de su salario mantenga su poder adquisitivo real, por lo cual el criterio de reajuste debe ser el del índice de inflación; (iii) los servidores que devengan salarios medios o altos pueden ver limitado su derecho en mayor o menor proporción, según el nivel salarial de cada uno. En estos rangos, a mayor nivel salarial caben mayores limitaciones y viceversa; (iv) el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos que devengan salarios medios o altos puede ser limitado pero no desconocido, "de tal forma que no es dado dejar de reconocer algún porcentaje de aumento salarial, en términos nominales, a dichos servidores"; (v). En los salarios medios y altos "la limitación admisible debe respetar el principio de progresividad de tal forma que a menor capacidad económica, menor sea el grado de la limitación", condición ésta que es importante para respetar el derecho de los servidores que devengan salarios medios."

En ese orden de ideas, se concluye del marco jurisprudencial que para el reajuste salarial de los Servidores Públicos en primer lugar, fija que quienes devengan salarios bajos el reajuste será de conformidad con el IPC; y para quienes tengan salarios medios y altos, dicho reajuste o aumento nominal puede ser limitado dependiendo la escala al determinar su nivel salarial.

CASO CONCRETO.

Se advierte de la hoja de servicios No. 3-79462184 que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional desde 1º de marzo de 1987 hasta el 23 de mayo de 2017 (fls. 26 y 26 vto.).

CREMIL mediante Resolución No. 6040 del 31 de julio de 2017, reconoció al señor Mejía Suescún asignación de retiro efectiva a partir del 23 de agosto del mismo año (fls. 24 y 25).

El sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escritos el 15 de agosto de 2017 y el 12 de septiembre de 2017 ante las entidades demandadas, mediante los cuales solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en las diferencias

económicas de los aumentos salariales dejados de cancelar para los años 1997 a 2004 con base en los incrementos del IPC.

En ese orden, conforme a lo señalado en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el reajuste de las asignaciones básicas de los miembros activos de la Fuerza Pública, lo establece el Gobierno Nacional anualmente, con sujeción a las normas criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992 según el principio de oscilación y que en tratándose del reajuste de las asignaciones de retiro y/o pensión, para el periodo solicitado por el actor (años 1997 a 2004), estas se realizaron en aplicación de lo señalado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995, es decir teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE.

En efecto, como se señaló la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995, se refieren exclusivamente al régimen prestacional de las asignaciones de retiro y/o pensión de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ellas se relacione el salario básico percibido en actividad por esos miembros.

Por lo anterior, atendiendo la situación concreta y particular del accionante se tiene que durante los años de 1997 a 2004, según la hoja de servicios (fls. 26 y 26 vto.) estuvo vinculado al Ejército Nacional en servicio activo, es decir que para ese periodo percibía asignación básica la cual se reajustó conforme a los Decretos 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1463 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004 expedidos por el Gobierno Nacional en atención a lo dispuesto en los artículos 150, 217 y 218 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, es imposible efectuar el reajuste de la asignación de retiro del señor Mejía Suescún según lo pretendido, dado a que el reajuste ordenado por la Ley 238 de 1995 se realizó sobre el grupo poblacional de las Fuerzas Militares y de Policía que a su entrada en vigencia ostentaban la calidad de pensionados o que disfrutaban de asignación de retiro, toda vez que la Ley 100 de 1993 consagra el Sistema General de Pensiones, sin que en ningún momento, se reitera regule temas salariales o prestacionales.

Ahora bien, no hay que perder de vista que este Despacho se encuentra estatuido para aplicar el ordenamiento jurídico y el derecho procesal tal como lo establece el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, sin que en ningún momento tenga la facultad

de entrar a revisar las competencias otorgadas por la Constitución Política al legislador y al Gobierno Nacional en materia de la regulación del régimen salarial de las Fuerza Pública, toda vez que ello se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado quienes conocen de la acción de inconstitucionalidad y del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad respectivamente.

Así las cosas, el reajuste salarial realizado a los miembros activos de la Fuerza Pública con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional según la escala gradual porcentual para los años de 1997 a 2004, no fueron objeto de nulidad por parte del Consejo de Estado, por lo que se tiene que para el momento en que se aplicaron en cada una de las asignaciones básicas del referido grupo se encontraban acorde al ordenamiento jurídico, ya que habían sido expedidas con base en las facultades otorgadas al ejecutivo por disposición de la Constitución Política.

En tal sentido, el reajuste realizado a la asignación básica del actor para los años de 1997 a 2004, tal como lo indicó la parte actora en la demanda y las entidades demandadas en las respectivas contestaciones de la demanda y se reiteró en los alegatos de conclusión, se llevó a cabo conforme los Decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, motivo por el cual no hay lugar a realizar un nuevo reajuste sobre esas anualidades que pudieran llegar a afectar el salario básico como partida computable de su asignación de retiro.

Ahora, como lo indicó la Agente del Ministerio Público en el Concepto emitido en Audiencia Inicial y como se estableció en el Marco Jurídico y Jurisprudencial de la presente providencia los Servidores Públicos ostentan el Derecho a la Movilidad Salarial, el cual no es absoluto y se encuentra limitado en razón al reconocimiento económico y/o salario que tiene el sujeto.

En efecto, como ya se indicó el señor Mejía Suescún durante el periodo comprendido entre los años de 1997 a 2004, se encontraba en servicio activo y ostentó el cargo de Capitán y Mayor del Ejército Nacional, lo que implica clasificarlo como un servidor que devengó un salario medio o alto de acuerdo a las escalas que expresó la Corte Constitucional².

² Sentencia C931 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En ese sentido, es constitucionalmente aceptable que el aumento del salario de los servidores en la clasificación del demandante tuviera proporción a lo establecido por los Decretos del Gobierno Nacional, es decir un reajuste nominal según su grado y no con lo dispuesto por el IPC, por lo que resalta el Despacho que no existe desproporción entre dichos aumentos con los aumentos que se realizaron para los demás servidores o los que se hicieron a los sujetos que tenían para ese periodo reconocida una asignación de retiro, que en dicho caso si procede un reconocimiento de reajuste como lo ha indicado el precedente jurisprudencial que también comparte este Juzgado.

Adicionalmente, de las documentales allegadas la parte actora no demuestra que el demandante no haya podido garantizar o se haya vulnerado su mínimo vital durante el periodo en cual solicita el reajuste.

Por lo anterior, al no encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado se negaran las pretensiones de la demanda.

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

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

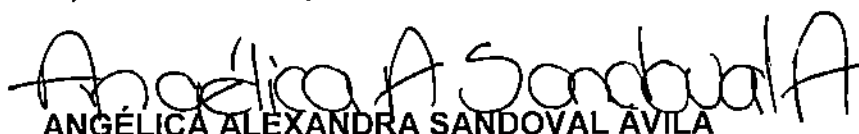
FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JEJP

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 11 de julio de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>50</u>  _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
