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

Bogotá D. C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	110013342-052-**2016-00727**-00
Demandante:	**ISABEL BERNAL DE OSPINA**
Demandado:	**Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Asunto:	Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora BERNAL DE OSPINA en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG.

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 declarara la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo generado frente a la petición radicada el 22 de julio de 2016, mediante la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

Así mismo, como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condenara a las entidades demandadas efectuar, el reintegro de los valores descontados para salud, sobre las mesadas adicionales, además de la suspensión de tales descuentos.

Lo anterior junto con los intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de condenar a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que laboró como docente y que mediante la Resolución No. 214 del 15 de febrero de 2000 le fue reconocida su pensión a partir del 17 de octubre de 1998, por lo que FIDUPREVISORA S. A. ha venido descontando el 12% para salud, de las mesadas de junio y diciembre

generando en tales meses un valor equivalente al 24%, en consecuencia el 22 de julio de 2016 radicó ante las demandadas petición acorde con las pretensiones de la demanda, petición que no ha recibido respuesta alguna.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2° de la Ley 4 de 1966, 37 del Decreto 3135 de 1968, Ley 43 de 1998, Ley 100 de 1993 (Artículo 142), Ley 1250 de 2008, Ley 812 de 2003, artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, Leyes 91 de 1989 (art. 2° y 15).

Para ello indica que conforme a las normas citadas y con anterioridad a la Ley 812 de 2003, la deducción de cada una de las mesadas, incluidas las adicionales era del 5%, la cual a partir de tal norma se incrementó al 12%, precisando que el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 prevé que tales descuentos no pueden efectuarse sobre las mesadas adicionales y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG omitió contestar la demanda, toda vez que aun cuando se presentó el escrito visible a folios (38 – 75) el mismo se allegó de manera extemporánea.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 22 de junio de 2018 (Fl. 149), *i.* Se declaró cerrado el periodo probatorio, prescindiendo de la audiencia de alegaciones, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en la que el extremo actor reiteró sus argumentos de defensa e invocó jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por su parte el extremo pasivo guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto, en consecuencia, 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 se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si se encuentra configurado el acto ficto o presunto frente a la petición radicada el 22

de julio de 2016 y si le asiste derecho a la parte demandante, a que se le reintegren los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales, así como a que se suspenda dicho descuento a futuro.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

a. Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante (fl.2).
b. Copia simple de la Resolución No. 214 del 15 de febrero de 2000, mediante la cual la Secretaría de Educación actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la pensión vitalicia de jubilación que devenga la accionante (fls. 3-4).
c. Copia del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 22 de julio de 2016, mediante el cual la accionante solicitó la devolución de descuentos conforme al *petitum* de la demanda (fls. 5-6).
d. Copia del expediente administrativo de la accionante (fls. 115-132).
e. Extracto de pagos detallados a la accionante y certificación de los descuentos efectuados a la docente (fl. 139 - 144)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, así como al marco jurídico que rodea el tema de los descuentos para salud y su aplicación sobre las mesadas adicionales.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que es objeto de litigio, fue radicada el 22 de julio de 2016, se deduce que es aplicable la Ley 1437 de 2011, la cual cobró vigencia a partir del 2 de julio de 2012, codificación que en su artículo 83 consagra:

> *"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."

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.

El Consejo de Estado[1], respecto al silencio administrativo indicó:

"(...) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.(...)".

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

- **DE LOS DESCUENTOS EN SALUD**

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 -*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*-, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

[1] Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y
b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.
Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

*"**Artículo 90. Prestación asistencial.** (...)*
***3.** Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional."*

Luego, la Ley 4ª de 1976; *"por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones"*, creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

"***Artículo 5º.-** Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto."*

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados, señaló la norma:

*"Artículo 5. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, **no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969**; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Destaca el despacho)*

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

*"**Artículo 50. Mesada adicional**. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."*

*"**Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al*

reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996~~.

***Parágrafo.** Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.*" (Texto tachado declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

"***Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados.** A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.*

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

***Parágrafo transitorio**. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.*"

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

"***Artículo 30. Monto de la cotización.** De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.*

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

***Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales.** De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la*

administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. *En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales." (Destaca el Despacho)

No obstante, el parágrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado *"...únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993..."* a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la taza de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios

prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989".

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos."

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda –

Subsección "C", de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

> *"DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES*
> *(...)*
> *En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.*
>
> *Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente."*[2]

Así mismo, la Subsección "F" de dicho Tribunal en providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

> ***"sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:***
>
> ***"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.***
> *(...)*
> *II. se responde.*
> *El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada"*
>
> *De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.*
> *(...)*

[2] Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros

Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1° del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.
(...)
En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación." (Negrilla fuera texto)

Así las cosas, este Despacho señala que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base, a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todos las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se perciben en junio y diciembre, generándose un doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. Situación que en su momento discurrió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora ISABEL BERNAL DE OSPINA, actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FONPREMAG, frente a la petición elevada el 22 de julio de 2016, acto mediante el cual de manera presunta, dicha entidad denegó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

- **De la existencia del acto ficto**

Así las cosas, a efectos de determinar si en el asunto de la referencia se constituyó el acto ficto o presunto derivado del silencio de la Secretaría de Educación y/o del extremo pasivo, se reitera que respecto de las peticiones el artículo 83 del CPACA[3] señala que tal fenómeno jurídico se configura pasados 3 meses desde la presentación de la solicitud pertinente, además que la entidad no se exime del deber de decidir la petición, salvo que se haya interpuesto recurso en contra de la misma.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se evidencia que a folios 5 y 6 del plenario obra copia de la solicitud de reintegro y suspenso de los descuentos en salud aplicados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, petición que fue radicada el 22 de julio de 2016 (fl.5), fecha a partir de la cual la entidad tenía tres meses, es decir hasta el 22 de octubre de 2016, para emitir respuesta.

Decantado lo anterior y como quiera que el extremo pasivo no acreditó haber emitido respuesta alguna frente a tales pedimentos, y menos aún que la misma haya sido

[3] Vigente para la fecha de radicación de la aludida petición.

proferida dentro del término aludido, resulta forzoso colegir que en efecto se configuró el silencio de la administración.

- **De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre**

Continúa entonces el Despacho resolviendo lo atinente a los referidos descuentos, para lo cual se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

De esa manera, conforme lo señalan la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, los pensionados sin importar el régimen en el cual adquirieron el estatus pensional sólo se encuentran obligados a cotizar al régimen contributivo de salud un 12% en cada mesada pensional, por lo cual para las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje que por Ley se debe aportar es el 12% sin que sea dable realizar un 24%, ya que esto implicaría que por el mismo mes se estaría efectuando un doble descuento.

Ahora bien, se tiene que a folios 139 a 144 del expediente, obran el extracto de pagos y la certificación de descuentos sobre la mesada pensional de la accionante, expedidos por Fiduprevisora S. A. en los que consta que la prestación pensional de dicho sujeto procesal, ha sido objeto de doble descuento por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al aplicarlos sobre las mesadas adicionales.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del adquirió el estatus pensional, esto es el 17 de octubre de 1998, fecha desde la cual se reconoció la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ostenta el acto ficto configurado ante la solicitud radicada el 22 de julio

de 2016, en cuanto a los descuentos efectuados, y por tanto, se declarará la nulidad del mismo.

Ahora, para efectos de establecer si opera **la prescripción** de los descuentos que serán susceptibles de devolución en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles tales derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para lo cual es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 17 de octubre de 1998 (Fl. 128) y que el 22 de julio de 2016 solicitó ante la Secretaría de Educación la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%) sobre sus mesada adicionales, entre otras solicitudes, escrito que generó la interrupción del término prescriptivo por el término de 3 años, más cuando la acción de la referencia fue impetrada el 15 de noviembre de 2016 (fl. 20), esto es sin que se completara nuevamente el término de 3 años consagrados en la norma, lo que nos permite concluir que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas objeto de devolución, causadas con anterioridad al 22 de julio de 2013, circunstancia que será declarada de manera oficiosa.

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 por descuentos para salud, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar de la nulidad del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente a la solicitud radicada el 22 de julio de 2016, en lo atinente al reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a suspender los descuentos que se vienen aplicando sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga la señora ISABEL BERNAL DE OSPINA, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.107.896, con destino al sistema de salud, y proceda reintegrar las sumas descontadas por tal concepto, a partir del 22 de julio de 2013, por prescripción trienal y conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Las sumas que resulten de los anteriores reconocimiento y condena, respectivamente, 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:

$$R = R.H. (INDICE\ FINAL / INDICE\ INICIAL)$$

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

CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas.

SEXTO: Dese 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.

SÉPTIMO: 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

Angelica A Sandoval A

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

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

Hoy 9 de agosto de 2018 se notifica la anterior Sentencia por anotación en el ESTADO No. 057

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

MPV.

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

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	**110013342-052-2017-00488-00**
Demandante:	**FLOR MIRYAN ÁLVAREZ ALFONSO**
Demandado:	**NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Reliquidación pensional**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Flor Miryan Álvarez Alfonso en contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana.

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 señora Flor Miryan Álvarez Alfonso, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20173540052343 del 25 de enero de 2017, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por tiempo continuo en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana, a:

Reconocer y pagar una pensión de jubilación por tiempo continuo de conformidad a la disposición contenida en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, con la inclusión de los factores salariales allí contenidos, así como los enlistados en la Ley 4ª de 1992, Decreto 1158 de 1994 y Ley 33 de 1985.

Cancelar el retroactivo desde la fecha en que la actora obtuvo el derecho a pensionarse debidamente indexado.

Reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Condenar en constas a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 26-27):

La parte actora se encuentra vinculada a la Fuerza Aérea Colombiana desde el 1° de agosto de 1995, en el cargo denominado *"ELEMENTO CASINO Y ECONOMATO –ESSER –CACOM-1"*, acumulando un tiempo de 22 años y 27 días.

La actora en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad demandada el 12 de enero de 2017, mediante el cual solicitó el reconocimiento pensional por tiempo continuo en los términos del Decreto 1214 de 1990.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2, 6, 25, 29 y 58 de la Constitución Política, Ley 6ª de la 1945; artículo 4° del Decreto 1743 de 1966; Ley 4ª de 1966; artículo 10° del Código Civil; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1042 de 1978; Artículo 3° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículo 2° de la Ley 1969; artículos 9 y 11 de la Ley 71 de 1988; artículos 98 y 103 del Decreto del 1214 de 1990; Decreto 2743 de 2010 y el Decreto 1070 de 2015.

Señaló, que la actora tiene derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990, según el cual, exige que el personal civil

del Ministerio de Defensa cumpla con 20 años de prestación de servicios, sin importar la edad.

De otro lado, afirma que en asunto de la referencia concurren los cargos de: (i) infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, toda vez que la entidad pretendió excluir a la actora como beneficiaria del régimen especial consagrado en el Decreto 1214 de 1990 y (ii) falsa motivación, por cuanto se tuvieron en cuenta hechos que no existieron o que se apreciaron de una manera equivocada al momento de tomar la decisión por parte de la demandada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 77 a 86).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana, 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:

En síntesis, precisó que la actora no es destinataria del régimen contemplado en el Decreto 1214 de 1990, en consideración a que su vinculación con la entidad se hizo a partir del 1° de agosto de 1995, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto se le debe aplicar el régimen general de pensiones.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 27 de junio del año en curso (Fls. 121 a 123), las partes alegaron de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la actora se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, resaltando que la demandante por cumplir más de 20 años tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990.

El apoderado de la entidad demandada, solicitó a esta instancia judicial negar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el régimen pensional de la actora es el contemplado en la Ley 100 de 1993, por haberse vinculado el 1° de agosto de 1995, esto es, con posterioridad a la expedición del régimen general de

pensiones, situación que permite afirmar que no es aplicable el Decreto 1214 de 1990.

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 JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 27 de junio de 2018 (Fls. 121 a 123), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho o no a la parte actora a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación, en los términos del Decreto 1214 de 1990?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de orden administrativa de personal No. 1-015 para el 1º de agosto de 1995, en la que se indica que se nombró a la señora Flor Miryan Álvarez Alfonso en el cargo de Asistente en el Comando Aéreo de Combate No. 1 (CACOM-1), en la categoría de Auxiliar Segundo (Fls. 22-23).

2.2. Comprobantes de nómina de la señora Álvarez correspondientes a los meses septiembre a diciembre de 2016 y enero a abril de 2017 (Fls. 12-19).

2.3. Certificado de ingresos y retenciones de la actora correspondiente al año 2016 (Fl.20).

2.4. Copia simple de certificación expedida por el Director de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana el 29 de diciembre de 2016, mediante la cual indica que la actora ingresó a prestar sus servicios a la entidad desde el 1º de agosto de 1995 y que actualmente se encuentra laborando en la dependencia Elemento de Casino u Economato –ESSER –CACOM 1 (Fl. 21).

2.5. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 12 de enero de 2017, mediante el cual solicitó la pensión de jubilación en los términos del artículo 98 de la Ley 1214 de 1990 (Fls. 9-10

2.6. Copia simple del Oficio No. 20173540052343 del 25 de enero de 2017, por medio del cual la entidad demandada negó la anterior solicitud a la actora (Fls. 6-8).

2.7. Copia simple de Carné de servicios de Salud de la actora expedido por la Dirección General de Sanidad Militar (Fl. 5).

2.8. Copia simple de la tarjeta de identidad personal civil de la demandante expedida por las Fuerzas Militares (Fls.4).

2.9. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Flor Miryan Álvarez Alfonso (Fl. 3).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la pensión de jubilación para el personal no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional.

Así las cosas, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983 expidió el Decreto 2247 de 11 de septiembre de 1984, "*Por el cual se modifica el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa*

y de la Policía Nacional", que consagró el reconocimiento de la pensión de jubilación para los destinatarios de la norma.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 en su artículo 150 estableció 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.

A su vez, 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.

Por lo tanto, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, expidió el Decreto 1214 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*", el cual contempló la pensión de jubilación por tiempo continuo, discontinuo, por aportes, por muerte y las partidas que se deben tener en cuenta al momento de su reconocimiento.

Quedó establecido entonces que los miembros de las Fuerzas Militares, son beneficiarios de un régimen especial por expresa disposición constitucional, la cual quedó consagrada además en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que al tenor dispone:

> ***"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.*** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...)".*

En ese sentido, se desprende que los miembros del personal civil no son destinatarios del régimen general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, salvo aquellos que se vinculen con posterioridad a su vigencia.

Respecto a esta excepción, la Corte Constitucional en sentencia C-655 de 1996, discurrió:

"(...)
En esta forma, cabe señalar lo que la norma acusada protege son los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales para quienes al momento de la vigencia de la ley se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal regido por el Decreto 1214 de 1990.

(...) [E]l precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, que no constituyen en manera alguna discriminación: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados, y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993.
(...)"

Se colige entonces, que lo que pretendia la excepción era proteger los derechos adquiridos del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se vinculó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, antes del 1º de abril de 1994 y que por ende son destinatarios del régimen pensional contemplado en el Decreto 1214 de 1990.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Jorge Murgueitio Cabrera, en providencia del 12 de agosto de 2003, radicado No. 1517, actor: Ministro de Defensa Nacional, señaló que *"El personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que ingresó a la Institución con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1.993 continúa regido por el régimen pensional exceptuado, contenido en el Decreto Ley 1214 de 1.990, en razón a que la Ley 797 de 2.003 no modificó ni derogó la excepción contenida en el artículo 279 de la ley 100 respecto de estos servidores."*

Posteriormente, la Máxima Corporación Constitucional reiteró el criterio antes esbozado en la sentencia C-1143 de 2004, al referirse a la validez constitucional del trato diferencial que se formula en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

"(...)
Mientras que a los primeros [miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional] se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos [personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional] se les

excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del ***personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.***

4.6. (...) *Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado (...)".* (Negrillas fuera de texto).

En tal sentido, precisó que por mandato Constitucional los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se encuentran excluidos del régimen general, mientras que el personal civil de estas instituciones se excluyen de la aplicación del régimen pensional contemplado en la Ley 100 de 1993, únicamente para salvaguardar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados en vigencia del Decreto 1214 de 1990.

Respecto a la aplicación del Decreto 1214 de 1990, el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 6, con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, en providencia del 23 de marzo de 2018, demandante: Myriam Rosario Alemán Novoa, demandado; Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Sanidad Militar, expediente No.150012333000-2017-00410-00, discurrió:

"(...)
De conformidad con el marco normativo expuesto en precedencia, se puede concluir frente al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía, lo siguiente:

(i) Los servidores (empleados públicos y trabajadores oficiales) que se vincularon a los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, en materia salarial no se rigen por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional sino por las normas que para esta clase de servidores estableció el Gobierno Nacional, con excepción de quienes estando vinculados a dicho Ministerio se incorporaron a los mencionados Institutos, los cuales quedaron cobijados con el régimen salarial establecido para la entidad respectiva. (Decreto 1301/94)

(ii) Con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y la respectiva incorporación de sus empleados al Ministerio de Defensa, en materia salarial, continúan sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto respectivo, es decir, el aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva,

situación que no varió para aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993 (Ley 352/97), y

(iii) En materia prestacional, para el personal que venían vinculado al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía y que se incorporó a las plantas de Salud del Ministerio de Defensa, se distinguen dos situaciones: ***al personal incorporado que se vinculó a los Institutos de Salud con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continua aplicando en su integridad el título VI del Decreto 1214 de 1990,*** *y el personal que se vinculó con posterioridad a la Ley 100 de 1993, se rige por esta Ley.*

(iv) A los servidores de la Dirección General de Sanidad Militar no le es aplicable el ***régimen salarial*** *contemplado para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, pese que hacen parte del personal no uniformado de las Fuerzas Militares. No obstante, en* ***materia prestacional se puede inferir que dicho personal para beneficiarse del Decreto 1214 de 1990 (Titulo VI) debe haberse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93.***
(...)".

Ahora bien, en sentencia del 1° de septiembre de 2014, el Consejo de Estado – Sección Segunda –Subsección A, en el expediente No. 25000-23-25-000-2010-000166-01(1641-12), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, refirió a que *"(...) la excepción prevista en el artículo 279 en cita, tiene una doble justificación constitucional, en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional la misma obedece al mandato superior consagrado en los artículos 217 y 218 de la Carta, que defiere en el legislador la creación de un régimen prestacional especial para estos, en tanto que la del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que a la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 estaban vinculados, encuentra su fundamento en la salvaguarda de los derechos adquiridos y regulados por el Decreto-Ley 1214 de 1990, norma especial que les era aplicable."*

Posición reafirmada en reciente pronunciamiento por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia del 9 de marzo de 2017, expediente No. 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14), actora: Rosa Elena Tovar García, demandado: Ministerio de Defensa, indicó:

"(...)
Así entonces, de las anteriores consideraciones se colige lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran

> *para la misma cartera e institución, (ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional.*
> *(...)".*

De conformidad al precedente jurisprudencial, se resalta que al personal no uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se les reconoce pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990, siempre y cuando se encuentren vinculados a la entidad con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993, en consideración a que no gozan de un régimen especial ni exceptuado.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Flor Myrian Álvarez Alfonso, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20173540052343 del 25 de enero de 2017, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la actora en los términos del Decreto 1214 de 1990.

La parte actora, señaló que la entidad demandada excluyó a la demandante como beneficiaria del régimen pensional contemplado en el Decreto 1214 de 1990, debido a una interpretación errónea de la norma y que los hechos en los cuales se basó la institución para tomar la decisión se apreciaron en una dimensión equivocada.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada indicó que la actora al vincularse a la Fuerza Aérea desde el 1° de agosto de 1995, esto es, en vigencia del régimen general de pensiones, se encuentra cobijada por la Ley 100 de1993.

Así las cosas, para efectos de establecer si le asiste razón a la demandante, es necesario realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la señora Flor Miryan Álvarez Alfonso se vinculó a la Fuerza Aérea Colombiana el 1° de agosto de 1995 y que al 12 de enero de 2017, completó 21 años, 5 meses y 11 días (Fl. 11); que mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición radicado el 12 de enero de 2017, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del Decreto

1214 de 1990 (Fls.9-10) y que mediante Oficio No. 20173540052343 del 25 de enero de 2017, la entidad demandada negó la solitud (6-8).

Se precisa entonces, que la señora Álvarez ingresó a prestar el servicio en la Fuerza Aérea el 1° de agosto de 1995, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que la hace beneficiaria del régimen general de pensiones.

Lo anterior, en consideración a que la actora al ser personal no uniformado de las Fuerzas Militares no se encuentra excluida del régimen general de pensiones por mandato Constitucional, pues la exclusión en estos casos únicamente se aplica con el fin de proteger los derechos adquiridos de aquellas personas vinculadas en vigencia del Decreto 1214 de 1990, tal como se indicó en la parte normativa y jurisprudencial.

Por ende, la actora al vincularse con posterioridad al 1° de abril de 1994 –fecha a partir de la cual entró en vigor el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, no es beneficiaria del régimen pensional consagrado en el Decreto 1214 de 1990, puesto que no adquirió derecho alguno en vigencia de éste, razón por la cual, no hay lugar a acceder al reconocimiento pensional deprecado.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

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 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,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

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

C.A.

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

Hoy nueve (9) de agosto de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 057

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

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

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	110013342-052-**2017-00137**-00
Demandante:	**ROSSE MARY GARZÓN PORRAS y Otro**
Demandado:	**NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**
Asunto:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Reintegro

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora GARZÓN PORRAS y el señor EDILBERTO SALINAS GARZÓN 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, los señores Rosse Mary Garzón Porras y Edilberto Salinas Garzón, actuando por intermedio de apoderado judicial acudieron a este Despacho, conforme a lo expuesto en el auto admisorio (fl. 235), pretendiendo la primera de ellos, que se declare la nulidad de la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016 y del Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015, mediante los cuales la entidad demandada ordenó su retiró del servicio activo como Teniente Coronel ADM. del Ejército Nacional.

Así mismo solicitó que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene su reintegro al cargo que por antigüedad le corresponda, previa la realización de los cursos pertinentes, y por tanto se le reconozca y paguen todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos (sueldos, gastos de representación, primas, vacaciones, cesantías) dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el retiro hasta la fecha en que se haga el reintegro, junto con los respectivos incrementos, intereses e indexación a que haya lugar.

Así mismo solicito en conjunto con el señor EDILBERTO SALINAS GARZÓN, quien aduce ser su esposo, el reconocimiento y pago de los perjuicios morales en una suma no menor a 100 S.M.L.M.V., al igual que los perjuicios a la vida de relación en cuantía de 200 S.M.L.M.V que reclaman haber sufrido con ocasión al retiro del servicio por parte de la accionante.

Como sustento fáctico de las pretensiones informan que (Fls. 201) a través de la Resolución demandada, el Ministro de Defensa retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares, en forma temporal con pase a la reserva y con base en la facultad discrecional a la señora GARZÓN PORRAS de manera deshonrosa, acto administrativo que se fundó en los argumentos del acta que igualmente demanda, en cuyos fundamentos, tras aludir al deber de comportamiento, ética, principios y valores del personal de las FF. MM., se indicó frente a su caso que:

> *"A través de lo informado por los medios de comunicación el día viernes 24 de abril de 2015, en el 'periódico el Espectador' y miércoles 24 de junio de 2015 en el 'periódico El Tiempo' se hace alusión de la existencia de una estructura delincuencial conformada con jerarquía y permanencia en el tiempo, que desarrolla su accionar delincuencial en las ciudades de Bogotá, Neiva y Medellín para adulterar y la elaboración de conceptos médicos en favor de miembros activos y retirados del Ejército Nacional, para ser utilizados dentro de los procesos de juntas médico laborales; logrando un mayor porcentaje de la disminución de la capacidad psicofísica y por consiguiente aumentar el valor a pagar por concepto de indemnización y/o pago de pensión en forma fraudulenta. Lo que dio lugar a la apertura de investigación respectiva por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación.*
>
> *En las mencionadas noticias se encuentra referenciada la señora teniente Coronel ADM.* ***ROSSE MARY GARZÓN PORRAS,*** *como médica psiquiatra. Por estos hechos fue capturada el día 25 de abril de 2015 y puesta en libertad. Actualmente se encuentra vinculado (sic) al proceso por los delitos contra la administración pública.*
>
> *Lo anterior, igualmente informado por la Dirección de Sanidad del Ejército, y remitido por la Jefatura de Educación y Doctrina.*
>
> *Lo anterior deja entrever que la señora Teniente Coronel aprovechando su formación profesional como médico psiquiatra, y los cargos desempeñados de los establecimientos de Sanidad del Ejército, emitía conceptos médicos a las diferentes personal que llegaban desde varias partes del territorio; personas orientadas por la red delincuencias que administraban y coordinaban los montos de dinero, para obtener en su consultorio los certificados médicos que servían de soporte para aumentar los índices de disminución de la capacidad laboral que posteriormente llevaría al pago de indemnizaciones o pensiones.*
>
> *El comportamiento descrito que es de público conocimiento; afectó de manera grave el buen nombre de la Institución Armada, puso en tela de juicio la moralidad y la correcta administración pública; (...)"*

Agrega que tales argumentos son divergentes de la realidad fáctica y jurídica establecida por la Juez 36 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá quien el 2 de mayo de 2015, concluyó en la no existencia de inferencia razonable de autoría o participación de la actora, frente a las conductas a ella imputadas, decisión no apelada por la Fiscalía.

En virtud de lo anterior colige que los actos demandados no se fundan en razones ciertas y objetivas sino que se contrarió el estándar mínimo de motivación exigible de manera jurisprudencial, pues se soportan en elementos conjeturales; adicionando que la señora GARZÓN PORRAS se encuentra casada con EDILBERTO SALINAS GARZÓN con quien hacía un excelente matrimonio y a raíz de su retiro con base en injustas sindicaciones han sufrido intensamente y cambiado su sistema de vida al punto de no temer salir a la calle y hacer vida social y familiar.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita el artículo 29, 6, 121, 123 y demás de la Constitución Política, así como diferentes precedentes jurisprudenciales.

Señaló que el acto administrativo atacado es violatorio del debido proceso y del principio de legalidad pues la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto como es el mejoramiento del servicio y por tanto debe fundarse en razones ciertas y objetivas por lo que la Corte Constitucional ha propuesto un estándar mínimo de motivación que es plenamente exigible, reuniendo los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que considera que en su caso se decidió de forma arbitraria.

Para el efecto hizo alusión al carácter probatorio de los recortes de prensa y su valor secundario que sólo demuestra el registro mediático de unos hechos y por tanto constituye un indicio contingente pues su eficacia depende de su conexidad y coincidencia con otros medios de prueba que obren en el expediente luego no pude ser considerada de manera individual e independiente como único sustento de decisión.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional guardó silencio dentro del término de traslado de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 15 de junio de 2018 (Fl. 429), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión, término dentro del cual la parte demandante presentó sus alegaciones (Fls. 431-432), refiriendo que se encuentra probado que la decisión reprochada se basó en información publicada en medios de comunicación que carecen de aptitud probatoria y no en razones objetivas y hechos ciertos, reiterando los argumentos del concepto de violación antes invocados

El extremo demandado por su parte no presentó alegatos de conclusión y 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 JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 14 de febrero de 2018 (Fls. 261 a 268), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer si le asiste derecho a la señora Teniente Coronel ADM ROSSE MARY GARZÓN PORRAS, a ser reintegrada al cargo que ostentaba o al que por antigüedad le hubiese correspondido, y de ser así, si tiene derecho a que le sean pagados todos los emolumentos dejados de percibir con ocasión a su desvinculación.

Así mismo se analizará si resulta procedente acceder al pago de los perjuicios morales y a la vida de relación que se reclamaron en la demanda.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- PRUEBAS DOCUMENTALES: Se aportan y recaudaron como tal las siguientes:
  a. Copia de la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016 (Fl. 12 a 16).
  b. Extracto de la hoja de vida de la accionante (fls. 19 a 25).
  c. Registro civil de matrimonio entre los demandantes (fl. 32)
  d. Certificaciones de nómina de la accionante correspondientes a los meses de febrero a abril de 2016 (fl. 33-37)
  e. Copias de artículos periodísticos en los que se refiere la existencia de una red presuntamente creada para generar fraude en el sistema de salud de las Fuerzas Militares (fls. 39-72)
  f. Copia del Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015 (fl. 73-156)
  g. Transcripción de la audiencia de imputación de cargos a la accionante Sra. GARZÓN PORRAS (fls. 151-171)

h. Certificación de existencia y estado del proceso que se adelanta ante el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá contra la accionante (fl. 226).
i. Copia del expediente administrativo de la Señora Garzón Porras, en especial de la actuación que generó su desvinculación de la institución demandada (CD fl. 281) cuyas copia en físico obra a folios 282 a 409.

- PRUEBA TESTIMONIAL:

Declaración rendida el 18 de abril de 2018, por el testigo GABRIEL ANTONIO HERNÁNDEZ KUNZEL (Fls. 413 a 415), la cual se encuentra en medio magnético obrante a folio 416 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que reguló el retiro del servicio de la accionante, señora Rosse Mary Garzón Porras, esto es la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016.

En ese sentido, es menester precisar que el artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

> *"(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*
> *a) (...).*
> ***e) Fijar el régimen** salarial y **prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y **de la Fuerza Pública**. (...)".* (Negrilla fuera de texto).

El artículo 189 constitucional le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de:

> *"(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.*
> *(...)".*

Ahora, en cuanto al régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares, por expresa disposición Constitucional, se tiene que es de naturaleza especial y distinta al de carrera administrativa de los demás servidores públicos, pues así lo establecen los artículos 216, 217 y 220 superiores, que al tenor disponen:

*"**ARTÍCULO 216.** La fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

(...)"

*"**ARTICULO 217.** La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
***La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.**"*

***ARTICULO 220. Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley**".* (Negrillas del Despacho)

En atención a la normatividad constitucional prescrita, se expidieron los decretos que regulan la carrera militar de los miembros de la Fuerza Pública.

Así las cosas, el Presidente de la Republica en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1790 de 14 de septiembre 2000 *"por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares"*, norma que se invoca como fundamento legal en el acto administrativo susceptible de nulidad y que constituye el régimen que cobija al actor, aplicable al asunto de la referencia.

Frente al retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el artículo 99 ibídem dispuso lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 99. RETIRO.** Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. (...)*

***Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares**, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto." (Negrillas del Despacho)

Posteriormente, el artículo 100 *ibídem*, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006, estableció las causales específicas de retiro del servicio, así:

"ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de

Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
(...)

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto." (Negrillas del Despacho).

El artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, al respecto establece que *"Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto".*

De lo anterior se colige, que el retiro del servicio activo de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, entre otras causales puede efectuarse de manera discrecional y por razones del buen servicio en cualquier momento, previa recomendación del Comité de Evaluación respectivo.

- **De la facultad discrecional.**

En torno a la mencionada facultad discrecional se pronunció la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006 en los siguientes términos:

"(...) Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables. (...)

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de

una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que pueda ser ejercida la potestad discrecional. (...)"

Igualmente, frente al retiro en uso de dicha facultad, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Paez, en sentencia del 3 de noviembre de 2011, expediente con radicado número: 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09), actor: José Guillermo Medina Vargas, demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al resolver un recurso de apelación, discurrió:

"Así las cosas, el retiro absoluto del servicio activo del actor, por Voluntad del Comandante del Ejército, contó con el Concepto Previo del Comité de Evaluación, conforme a las disposiciones pertinentes.

De conformidad con la providencia en cita la facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.

La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación con los servidores del Ejército Nacional, que por la naturaleza de sus funciones, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual."

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[1] adujo *"que la regla y medida de la discrecionalidad como instrumento para el retiro del servicio es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados."*

Así las cosas, del precedente normativo y jurisprudencial se establece que la discrecionalidad es aquella facultad consagrada en la norma que permite al Estado retirar del servicio activo a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares a través del acto administrativo pertinente.

Tal potestad jurídica se debe basar en las circunstancias particulares del caso, las cuales deben ser suficientes para establecer que el funcionario no es apto para continuar en ejercicio de la función pública, pues su finalidad es el mejoramiento del servicio, en pro de la misión constitucional y legal que implica el servicio público de la autoridad administrativa.

---

[1] Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección F, con ponencia de la Magistrada Patricia Salamanca Gallo, en providencia del 30 de junio de 2016, expediente No. 11001333170920090018 9-01, demandante: Elkin Alberto Esteban Castro, demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad no se puede ejecutar de manera ilimitada, toda vez, que de conformidad al artículo 44 del CPACA *"debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".*

Respecto de la finalidad y límites de la discrecionalidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección E de Descongestión, con ponencia del Magistrado Jorge Hernán Sánchez Felizzola, expediente No. 11001-33-31-024-2008-00266-01, Demandante: Deiby Yesit Palacio, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en sentencia del 24 de noviembre de 2011, en la que adujo:

> *"La facultad discrecional de retiro que aquí se cuestiona debe ejercerse con el fin de asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues la potestad discrecional de retiro es una herramienta jurídica que se justifica para lograr una buena administración pública, en cuanto permite a la autoridad apreciar la oportunidad o conveniencia de permitir que un determinado empleado continúe prestando sus servicios; todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como si lo autorizado fuera el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.*
>
> *(...)*
>
> *Por lo expuesto anteriormente, para la Sala, es claro, entonces* ***que la facultad discrecional de la administración, está condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.***
>
> ***De manera que el ejercicio de la potestad discrecional de retiro, debe estar sustentada en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, como es caso de la Fuerza pública, el de garantizar la seguridad ciudadana, la seguridad del Estado y la eficiencia y eficacia de esa Institución en aras del interés general.****(...)".*

Del precedente jurisprudencial, se extrae que la decisión de retiro por voluntad de la administración se debe fundar en razones objetivas, proporcionales y razonables, que tienen como finalidad el mejoramiento del servicio.

Ahora bien, con anterioridad la Corte Constitucional en sentencia C- 525 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, al resolver la exequibilidad de los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995 precisó los alcances de los conceptos "discrecionalidad" y "razones del servicio", así:

> *"De esta manera, cuando se produce un retiro discrecional, por razones del servicio, el mismo "debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general" y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer "a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes", sino que ha de quedar "consignada en un acto administrativo*

controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder"[68].

(...)
De la misma manera, en control concreto, esta Corte ha establecido de forma reiterada[70] que existe un deber de motivación por parte de la Fuerza Pública, cuando hace uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. Específicamente, sobre el retiro de integrantes del Ejército Nacional, se pueden mencionar los siguientes precedentes:

19.1. En la sentencia T-456 de 2009, la Sala Tercera de Revisión[71] determinó que el retiro de un funcionario del Ejército Nacional, debe atender a una justificación razonable, por lo tanto, debe estar sustentada en la evaluación de su hoja o folio de vida.

19.2. En las sentencias T-1173 de 2008[72] y T-638 de 2012[73], las Salas Tercera y Novena de Revisión, determinaron que los retiros discrecionales sólo se consideraban respetuosos del debido proceso y de la Constitución cuando lograran garantizar: "(i) la existencia de razones que guardaran relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones sean plasmadas, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el acta del Comité de Evaluación; (iii) en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe respetar lo ordenado en la ley respecto de la obligación de que exista una recomendación previa al retiro; (iv) dicha recomendación la emite un Comité en el cual se le debe garantizar al peticionario el derecho a ser oído y (iv) la decisión debe ser notificada en la forma prescrita por la ley al afectado."

A juicio de las Salas, el ejercicio de la potestad de desvinculación discrecional omitiendo la motivación del acto, no es consecuente con lo decidido en la sentencia C-179 de 2006, teniendo en cuenta que en ella quedó establecido que dicha facultad no podía ejercerse sin la estricta observancia del debido proceso, lo cual implicaba la motivación del acto.

(...)
De lo expuesto, se puede concluir que, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han construido unos límites al ejercicio de la competencia discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública, representados en la legalidad y en la salvaguarda del debido proceso.".

De conformidad con la providencia en cita, la facultad discrecional debe ser ejercida en estricta observancia del debido proceso, lo cual implica que: la decisión de retiro se base en razones que atañen a la finalidad y funciones de la entidad; las cuales deben estar consagradas en el acto de desvinculación o en el acta del Comité; debe existir una recomendación previa del retiro; la mentada recomendación debe ser por parte de un Comandante de la Unidad Operativa respectiva, que debe velar para que se respete al afectado su derecho a ser oído y que al afectado se le notifique en debida forma.

Con posterioridad, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-288 del 14 de mayo de 2015, estudió nuevamente la discrecionalidad del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública, al indicar:

"Esta Corporación ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de la Policía Nacional cuando haga uso de la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros.
(...)

Frente a lo anterior, concluyó la Sala que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir

proporcionalmente el fin propuesto, esto es, el mejoramiento del servicio, por lo tanto, la administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.

A partir de allí, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia respecto del estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en el ejercicio de la facultad discrecional, concluyendo que si bien es mínimo, es plenamente exigible. Así, estableció las pautas mínimas de motivación:

8.1. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

8.2. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

8.3. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

8.4. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional (...). No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

8.5. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.

8.6. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

8.7. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal especifica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico.

A partir de estas pautas, deberán los jueces contenciosos y de tutela, examinar el cargo de falta de motivación del acto de desvinculación de la Policía Nacional.
(...)".

Así las cosas, desde el punto constitucional el acto de retiro del servicio debe sustentarse en razones objetivas e irrefutables que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Lo anterior, se ve reflejado en la proporcionalidad y razonabilidad como principios rectores del ejercicio de la facultad discrecional y en el estudio particular del caso

que permita evidenciar las razones del servicio que conllevan a que las juntas de evaluación y clasificación recomienden el retiro del servidor.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional ya reseñadas, el Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente No. 05001233100019980055401, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

> *"En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.*
>
> *Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.*
>
> *Conceptos que, debe decirse, tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio. (...)".*

Bajo las anteriores consideraciones, de conformidad a la norma aplicable al asunto de la referencia y a la línea jurisprudencial que precede, el retiro del servicio activo del personal del Ejército Nacional por voluntad del Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa, Comandante General o Comandante de Fuerza, es un acto discrecional que a la luz de la Constitución Política debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en beneficio de los fines constitucionales de la Fuerza Pública.

- **Mérito probatorio de las publicaciones en prensa.**

En torno a dicho tema, esto es, respecto del valor probatorio que le asiste a los recortes y publicaciones de prensa, se ha pronunciado en múltiples la jurisprudencia del Consejo de Estado, como lo hizo en la Sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el 29 de mayo de 2012, C.P. Susana Buitrago Valencia, dentro del proceso con radicación número: 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI) en la cual precisó:

> *"Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación*

puede ser considerada prueba documental[2]. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.[3]

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas "...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia", y que si bien "...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen"[4].

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos".

Conforme al anterior pronunciamiento, es claro que la información publicada en los medios de comunicación deben ser analizadas, pero en relación con las demás pruebas obrantes en el proceso o expediente, por cuanto se trata solamente del registro de hechos que contiene una narración ilustrativa para el juzgador, quien por lo mismo puede conocer la precepción que sobre tales hechos se formó la opinión y así acceder al conocimiento que de los mismos tuvo aquélla y así formarse un convencimiento propio.

Las reglas de valoración probatoria fijadas en tal postura, han sido reiteradas en diferentes oportunidades por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[5], y posteriormente ampliadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la ponencia del Consejero ALBERTO YEPES BARREIRO del 14 de julio de 2015, radicación número: 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI), indicando

---

[2] Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener *"(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido"*. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

[3] En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radicaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

[4] Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez, Sección Tercera.

[5] Entre las cuales se encuentran las sentencias proferidas por la Sección Tercera, Subsección B, el 13 de noviembre de 2014, CP. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, dentro de los radicados No. 08001-23-31-000-2000-00557-01(34247) y 17001-23-31-000-2002-01000-01(34491); Subsección C, CP: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, el 16 de marzo de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01270-01(34932); Sección Primera, CP. GUILLERMO VARGAS AYALA el 26 de marzo del 2015, Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00031-01(AP).

que también se les reconocerá valor probatorio, "*cuando estemos en presencia de i) hechos notorios y/o públicos y ii) transcriban declaraciones o comunicaciones de servidores públicos*".

Para arribar a tal conclusión recordó el Órgano de Cierre que las aludidas publicaciones solo tienen valor probatorio si en conjunto con otros medios de prueba, permiten determinar o corroborar los hechos invocados, pues considerados de forma aislada no cumplen los requisitos para que se les reconozca tal carácter, en tanto que no acreditan la veracidad ni la certeza de los mismos[6], ni cuentan con los principios de inmediación ni contradicción.

Acorde con lo anterior, se presentan grandes diferencias, entre la publicación en sí misma considerada como un medio netamente representativo de lo que en ella se divulga y los hechos que se pretenden probar a efectos de dar soporte a una decisión.

En ese orden, las excepciones que se incluyen en las reglas jurisprudencialmente conocidas, conforme a las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalan que cuando tales publicaciones recojan hechos públicos o notorios, declaraciones o manifestaciones públicas de funcionarios del Estado, estos deben ser valorados, razón por la que su inserción en el respectivo medio de comunicación es una prueba del hecho y no simplemente de su registro.

Los primeros -hechos públicos y/o notorios- por cuanto no requieren ser probados en los términos del artículo 167 del CGP, razón por la que el registro noticioso servirá simplemente como una constatación gráfica de lo que es conocido por la comunidad y respecto de los segundos -declaraciones o manifestaciones de los servidores públicos- en razón de la investidura y de su posición en la sociedad, sin perjuicio de que podrán ser desvirtuadas mediante la respectiva contradicción.

- **Reconocimiento y tasación de perjuicios inmateriales.**

Dentro de este tipo de perjuicios, se encuentran catalogados, el denominado daño a la vida de relación y los daños o perjuicios morales, que se componen básicamente por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja,

[6] Sobre el particular, es importante advertir que a nivel internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, que aquellos no pueden tener un valor probatorio por cuanto "*... son emitidas con la finalidad de llamar la atención del lector y así tener oportunidad de obtener una mayor comercialización del periódico en el cual se encuentran insertas; [y que] por ello, la veracidad de tales notas se ve disminuida*". Caso Velásquez Rodriguez Vs. Honduras, supra nota 24, párr. 146; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 44, párr. 25, y Caso Garibaldi Vs. Brasil, supra nota 32, párr. 70. Caso Radilla Pacheco Vs. Estado Unidos Mexicanos.

desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Frente al reconocimiento de este tipo de perjuicios, el Consejo de Estado[7] ha expresado que:

> *"(...) la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba* (...)".

Así mismo, como bien es sabido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante Sentencias de Unificación proferidas el 28 de agosto de 2014, fijó los parámetros y topes indemnizatorios en algunos de los escenarios en los que se generan este tipo de daños, entre los cuales se encuentra la reparación del daño moral en caso de muerte, de lesiones personales, de privación injusta de la libertad, además de la reparación no pecuniaria y la indemnización excepcional por afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y la reparación del daño a la salud.

Como se observa, la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción ha señalado algunos estándares y parámetros útiles al momento de reconocer y tasar el monto de la indemnización y/o medidas de reparación en la causación de daños morales o inmateriales, sin embargo hay eventos que no fueron objeto de unificación, como el que se analizó en la sentencia del Consejo de Estado No. 2077761 Radicado: 20001-23-31-000-2002-00136-01 del 03 de septiembre 2015, Sección Tercera Subsección B, C. P. DANILO ROJAS BETANCOURTH, en la cual señaló:

> "Sin embargo, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sección desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 expediente 13232, la Corporación ha abandonado la indemnización en gramos oro, y cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) es procedente que la Sala fije en salarios mínimos la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos, la cual está regida por los siguientes parámetros: a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia, mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16

[7] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 20 de abril de 2005. Radicación: 25000-23-26-000-1994-01574-01(15247)DM.

de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad."

Así las cosas, como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido el reconocimiento de perjuicios morales por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, en el evento en que se demuestre plenamente en el expediente que con la decisión de la administración que se discute se causó un daño de dicha naturaleza, caso en el cual, para su tasación resulta oportuno hacer uso de las herramientas que para el efecto se han fijado de manera jurisprudencial o en su defecto, será el Juez quien tendrá que determinarlos de manera discrecional.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora ROSSE MARY GARZÓN PORRAS, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional, la retiró del servicio activo como Teniente Coronel ADM, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, contenido en el Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que el acto atacado es violatorio del debido proceso y del principio de legalidad por cuanto la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto como es el mejoramiento del servicio y por tanto debe fundarse en razones ciertas y objetivas por lo que la Corte Constitucional ha propuesto un estándar mínimo de motivación que es plenamente exigible, reuniendo los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, que en su caso, considera que no se dio sino que se decidió de forma arbitraria.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo del Ejército Nacional a la señora GARZÓN PORRAS bajo los preceptos normativos contenidos en los artículos 99 y 104 del Decreto 1790 de 2000, los cuales tal como se indicó en la parte normativa, permiten que la autoridad competente ejerza la facultad discrecional a fin de materializar el retiro del servicio de los oficiales y suboficiales por razones del servicio y previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Sin embargo, como al acto administrativo objeto de análisis se le imputa un vicio en cuanto a su motivación, que aduce, ocasiona una vulneración de sus derechos fundamentales, resulta necesario remitirnos al texto del mismo.

Así las cosas, en dicho acto luego de referir la normatividad antes mencionada y diferentes apartes jurisprudenciales que explican la facultad discrecional de retiro, se apoyó la entidad en el contenido del Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015 en la cual, aludiendo a la responsabilidad y deberes que asume un oficial de las Fuerzas Militares se indicó:

> *"El Oficial debe ser un modelo de ética, principios y valores, porque nadie como él representa la legalidad, la legitimidad, lo correcto, y la forma de obrar de un ser humano modelo de conducta, por tanto un solo error pone en peligro la Institución y su Misión.*
>
> *A través de lo informado por los medios de comunicación el día viernes 24 de abril de 2015, en el 'periódico el Espectador' y miércoles 24 de junio de 2015 en el 'periódico El Tiempo' se hace alusión de la existencia de una estructura delincuencial conformada con jerarquía y permanencia en el tiempo, que desarrolla su accionar delincuencial en las ciudades de Bogotá, Neiva y Medellín para adulterar y la elaboración de conceptos médicos en favor de miembros activos y retirados del Ejército Nacional, para ser utilizados dentro de los procesos de juntas médico laborales; logrando un mayor porcentaje de la disminución de la capacidad psicofísica y por consiguiente aumentar el valor a pagar por concepto de indemnización y/o pago de pensión en forma fraudulenta. Lo que dio lugar a la apertura de investigación respectiva por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación.*
>
> *En las mencionadas noticias se encuentra referenciada la señora teniente Coronel ADM.* ***ROSSE MARY GARZÓN PORRAS,*** *como médica psiquiatra. Por estos hechos fue capturada el día 25 de abril de 2015 y puesta en libertad. Actualmente se encuentra vinculado (sic) al proceso por los delitos contra la administración pública.*
>
> *Lo anterior, igualmente informado por la Dirección de Sanidad del Ejército, y remitido por la Jefatura de Educación y Doctrina.*
>
> *Lo anterior deja entrever que la señora Teniente Coronel aprovechando su formación profesional como médico psiquiatra, y los cargos desempeñados de los establecimientos de Sanidad del Ejército, emitía conceptos médicos a las diferentes personal que llegaban desde varias partes del territorio; personas orientadas por la red delincuencias que administraban y coordinaban los montos de dinero, para obtener en su consultorio los certificados médicos que servían de soporte para aumentar los índices de disminución de la capacidad laboral que posteriormente llevaría al pago de indemnizaciones o pensiones.*
>
> *El comportamiento descrito que es de público conocimiento; afectó de manera grave el buen nombre de la Institución Armada, puso en tela de juicio la moralidad y la correcta administración pública; (...)"*

Tras realizar un análisis detallado de los argumentos transcritos, advierte el Despacho que la entidad básicamente hizo referencia a las publicaciones efectuadas en dos de los diarios de amplia circulación nacional, en los que se narraba la existencia de una presunta estructura delincuencial y la forma en que presuntamente operaba, agregando que en tales reportajes *"se encuentra referenciada la señora teniente Coronel ADM.* ***ROSSE MARY GARZÓN PORRAS"***, que por tales hechos había sido

capturada y puesta en libertad y que se encontraba vinculada al proceso por los delitos contra la administración pública.

Señaló además la entidad que tal circunstancia igualmente había sido informada por la Dirección de Sanidad del Ejército y remitido por la Jefatura de Educación y Doctrina y que ello permitía *"entrever que la señora Teniente Coronel aprovechando su formación profesional como médico psiquiatra, y los cargos desempeñados de los establecimientos de Sanidad del Ejército, emitía conceptos médicos a las diferentes personal que llegaban desde varias partes del territorio; personas orientadas por la red delincuencias que administraban y coordinaban los montos de dinero, para obtener en su consultorio los certificados médicos que servían de soporte para aumentar los índices de disminución de la capacidad laboral que posteriormente llevaría al pago de indemnizaciones o pensiones."*

De lo anterior se extrae, que sin algún otro elemento de juicio diferente a las publicaciones efectuadas en los diarios El Tiempo y el Espectador, ni medio probatorio alguno que soportara o diera credibilidad a los hechos y circunstancias que allí se narraban, la entidad dio por hecho que la aquí accionante aprovechó los estudios y cargo que ocupaba para realizar actividades delincuenciales y para finalmente concluir que:

> *"El comportamiento descrito que es de público conocimiento; afectó de manera grave el buen nombre de la Institución Armada, puso en tela de juicio la moralidad y la correcta administración pública; (...)"*

Resulta necesario cuestionar entonces, concretamente cuál fue el comportamiento que se califica como erróneo, en el que incurrió la accionante, que se describe en tal motivación y que afectó el buen nombre de la Institución, por lo que luego de revisarlo de manera detallada, nos lleva a concluir que en el mismo, solamente se indicó que en los hechos publicados se había referido a la señora GARZÓN PORRAS.

Vale señalar que en dicho texto se indicó "*Lo anterior, igualmente informado por la Dirección de Sanidad del Ejército, y remitido por la Jefatura de Educación y Doctrina.*", sin embargo, revisado el plenario el único informe que se observa respecto de tales circunstancias, es el que obra a folio 341 del plenario, en el que el Director de Sanidad invocando también los apartes periodísticos y la referencia que se hace en los mismos respecto de la demandante entre otros oficiales y agregando que tales funcionarios se ausentaron por espacio de 8 días por privación de la libertad, especificando además que:

*"Se resalta que en las etapas procesales de la investigación varios de los capturados inicialmente recobraron su libertad, entre ellos los oficiales anteriormente mencionados, no conociendo esta Dirección de sanidad las razones por las cuales recuperaron su libertad en razón a que la investigación tiene reserva; igualmente no se tuvo conocimiento claro de la investigación que adelantaba la fiscalía respecto a los hechos anteriormente indicados, **única y exclusivamente el conocimiento se obtuvo de los medios de comunicación**, por lo tanto estrictamente se cumplieron las medidas ordenadas por el mando"* (Resaltado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo decantado en precedencia, se infiere que el comportamiento de la accionante al que se refiere la entidad, es haber sido referenciada en las publicaciones de prensa, pues sin entrar a emitir concepto alguno respecto de la responsabilidad que pueda ostentar frente a los hechos que allí se le endilgan, lo cierto es que, aquél es el único hecho que se encontraba acreditado respecto de ella, al momento de disponer su retiro de la fuerza.

Quiere decir lo anterior, que sin hacer algún tipo de investigación o indagación respecto de los hechos publicados en los apartes periodísticos, la entidad se limitó a tenerlos como prueba irrefutable de aquéllos para concluir que la accionante había actuado de manera ilegal y delincuencial, desconociendo que conforme a lo indicado en el marco jurídico, la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa en señalar que tales publicaciones solo tienen valor probatorio si en conjunto con otros medios de prueba, permiten determinar o corroborar la veracidad ni certeza de los hechos invocados, más cuando no estamos en presencia de hechos notorios y/o públicos, ni de la transcripción de declaraciones o comunicaciones de servidores públicos.

En punto de lo anterior vale precisar, que aun cuando haya sido notoria y pública la afectación que generó al buen nombre de la Institución, la ocurrencia de los hechos que fueron puestos en conocimiento del público mediante los mencionados reportajes, no ocurre lo mismo con la participación de la accionante en los mismos, por la sola referencia que de ella se hizo en tales publicaciones, pues ello requiere una verificación y acervo probatorio mucho más riguroso y contundente, como lo reconoció el Juez 36 penal Municipal con Función de Control de Garantías en la audiencia evacuada el 2 de mayo de 2015, en la cual, entre otras cosas precisó:

*"DE LA LABOR DEL AGENTE ENCUBIERTO LAS SEÑORAS TENIENTES CORONELES, EN ESPECIAL LA TC INGRID GUZMAN **SOLO ES REFERIDA,** ZAPATA LA MENCIONA PERO EL AGENTE ENCUBIERTO **NUNCA PUDO TENER CONTACTO CON ELLA,** INFERIR RESPONSABILIDAD PORQUE UNA PERSONA QUE SE PREDIQUE Y DE LA CUAL AL PARECER Y EN MI CRITERIO PERSONAL ESTÁ PLENAMENTE ACREDITADA RESPONSABILIDAD PENAL POR MULTIPLES CONDUCTAS PUNIBLES, REFERIR A UNJA PSIQUIATRA A LA DRA GUZMAN Y DEDUCIR QUE POR ENDE LA DRA TIENE RESPONSABILIDAD ES DEMASIADO ARRIESGADO. DEMASIADO AVENTURADO, SE REFIEREN UNOS PAGOS HECHOS PERO NUNCA SE ACREDITÓ QUE ESTOS SE*

HUBIERAN DIRIGIDO A LA SRA TC GUZMAN (...) NO SE ENCUENTRA EN EL PAGINARIO QUE SE ME APORTÓ NINGUNA VERIFICACIÓN REFERENTE A QUE LAS SRAS TCS FUERON LAS QUE PLASMARON LAS FIRMAS EN LAS HOJAS DE EVOLUCIÓN, SUS SELLOS, SI SE ALLEGA LA HOJA DE EVOLUCIÓN Y SELLADAS, PERO RECORDEMOS QUE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL TAL COMO LO REFERÍAN LOS SRES REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PUBLICO TIENE VARIOS MODUS OPERANDIS: UNO, ADULTERA, FALSIFICA CONCEPTOS MÉDICOS, SI NO PREGUSTEMOSLE A LA SRA FISIATRA IRMA REYGOSO A QUIEN LE FALSIFICARON SU SELLO Y FIRMA Y EL CONTENIDO DEL CONCEPTO. QUE DESCARTA QUE AQUÍ HAYA PASADO LO MISMO Y QUE LES HAYAN FALSIFICADO LOS SELLOS A LAS SRAS TENIENTES CORONELES? SOLO APARECE EL SELLO. ESO RESPECTO A LA HOJA DE CONSULTA. FALTÓ UNA ACTUACIÓN INVESTIGATIVA MAS; UNA PEQUEÑA, BUSCAR ALGÚN ELEMENTOS DE VERIFICACIÓN DE ERA O NO ERA, LA LETRA DE LAS OFICIALES, Y VERIFICAR SI FUERON ELLAS LAS QUE PLASMARON DICHAS MANIFESTACIONES (...) Y CLARO, QUIEN ESTÁ FUNGIENDO COMO EMPRESARIO, ALIAS EL PROFE, (...) EL DEBE DARLE SEGURIDAD AL CLIENTE Y MOSTREMOS QUE EL MANIFIESTA: TODO ES LEGAL, TODO SE ESTA HACIENDO CORRECTAMENTE Y PARA DECIRLE QUE TODO ES LEGAL, TIENE QUE DECIRLE QUE TIENE MÉDICOS A SU SERVICIO, PERO ELLO NO SE ACREDITÓ FEHACIENTEMENTE."[8]

Con base en estos y otros argumentos, concluyó el Juez de Control de Garantías, "*NO PUEDO INFERIR RAZONABLEMENTE LA PARTICIPACIÓN EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS DE LAS SRAS TCS EN LA ELABORACION DE LA HOJA DE EVOLUCION Y DEL CONCEPTO MEDICO DE PSIQUIATRIA 44540*", razón por la que resulta llamativo para el Despacho, que la entidad demandada haya determinado como plenamente probada la participación de la accionante en las conductas delictivas, más cuando para ello solamente contaba con los reportajes periodísticos tantas veces mencionados y que, se reitera, no cuentan con mérito probatorio para corroborar o verificar la certeza de las circunstancias, de las cuales derivó el retiro de la accionante.

En ese orden, se resalta que la respuesta de la entidad demandada, habría sido adecuada y proporcional a los fines de la norma que la autoriza, si hubiese contado con elementos probatorios que acreditaran o permitieran al menos, inferir razonablemente, la participación de la accionante en los hechos delictivos que se le endilgan, lo cual, se aclara no ha sido descartado o si hubiese siquiera requerido a la accionante para que rindiera sus descargos; pero como ello no se dio en este caso, el Despacho encuentra probado el cargo formulado por el actor, atinente a la violación al debido proceso y al principio de legalidad, por cuanto la facultad discrecional no cumplió proporcionalmente el fin propuesto como es el mejoramiento del servicio, ya que no se fundó en razones ciertas y objetivas.

Vale recordar que, aun cuando la entidad demandada tiene la potestad de ejercer la facultad discrecional de manera concomitante a las investigaciones penales o disciplinarias que se adelanten en contra de un miembro de la fuerza, dicho ejercicio no

[8] Extracto tomado de la transcripción visible a folio 166 y 167 del plenario.

tiene que ser una consecuencia directa de tales investigaciones, especialmente cuando la medida no resulta proporcional a los hechos que se investigan o cuando no se cuenta con la certeza o prueba de su ocurrencia, pues ello podría conllevar un prejuzgamiento o vulneración de garantías fundamentales. En torno a dicho tema se pronunció el Consejo de Estado, mediante ponencia del Consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, proferida el 8 de marzo de 2012, en la cual memoró:

> *"Así las cosas, estima la Sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida. Sobre el particular está Sección en reciente pronunciamiento sostuvo que*[2]*:*
>
> > *"De nuevo, ante la ocurrencia de presuntas irregularidades en el Operativo de 20 de enero de 2003, la facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación.*
> >
> > *Esta conclusión, debe resaltarse, tampoco puede llevar a afirmar que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la Institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, se repite, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso, pues lo contrario sería permitir que decisiones apresuradas tendientes a dar mayor credibilidad pública del servicio prestado por la Policía Nacional implique la violación de los derechos de los afectados y se permita un prejuzgamiento contrario al orden constitucional y legal.".*"[9]

Desvirtuada así la presunción de legalidad de la que estaban revestido el acto administrativo demandado, encuentra el Despacho procedente acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016, cuyo soporte se fincó en el Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015.

Consecuente con tal determinación, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a dicha institución que proceda a reintegrar a la accionante sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando como Teniente Coronel ADM, y a que efectúe el pago todos los haberes (sueldos, gastos de representación, primas, vacaciones, cesantías) dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el retiro hasta la fecha en que se haga el reintegro.

De otra parte, pretende la parte accionante en conjunto con el señor Edilberto Salinas Garzón quien acreditó ser su esposo (ver fl. 32), que se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales equivalentes a 100 salarios mínimos legales

---

[2] *Sentencia de 25 de noviembre de 2010. Rad. 0938-10. Consejero Ponente: Dr. Víctor Alvarado Ardila.*
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

mensuales vigentes, como compensación por el grado de aflicción que supuso para ambos el retiro del servicio de la primera de ellos, al igual que los perjuicios a la vida de relación, cuyo monto aduce, ascienden a 200 SMLMV (fl. 200).

En virtud de lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte normativa y jurisprudencial, el reconocimiento de perjuicios morales depende básicamente de su demostración por los medios probatorios obrantes en el expediente.

Al respecto, en el expediente obra el testimonio del señor GABRIEL ANTONIO HERNÁNDEZ KUNZEL quien luego de referir que la accionante se formó en el Hospital Militar dice conocerla como una persona íntegra, bien calificada y muy buena profesional (Record 10:23), señaló que "*me enteré de la situación de la Dra. Rossemery por noticias y luego a través de los allegados, conocidos cercanos*", que posteriormente ella asistió a consulta con él como médico psiquiatra en la que tuvo que ser medicada por cuanto presentó una depresión grave obviamente sin psicosis, simplemente consecuencia de todo lo sucedido, agregando que ella llegó como oficial activa y posteriormente en su retiro (Record: 12:56).

En torno a la afectación que tuvo frente al núcleo familiar de la accionante, indicó el testigo (Record: 15:45) que conoce al esposo de la demandante eventualmente, que es un persona mayor, "*no sé si tenga condición cardiaca o algo, no tengo idea*" pero claro que lo afectó, aunque no pueda juzgar hasta qué punto pues la paciente era ella y por ello no tiene elementos de juicio clínico, pero después tuvimos alguna interacción social y obviamente él estaba visiblemente afectado.

Finalmente, respecto del ámbito social y profesional, refirió "*trabajar con fuerzas militares es una cosa muy particular en términos que se manejan valores diferentes a otros sitios digamos y a los que se les hace énfasis, algunos de ellos son el honor, la honestidad, etc.*" Y que el hecho de haberse visto involucrada en esto es como una especie de muerte moral, "*no sé cómo medirlo pero es algo muy impactante...*", además que la credibilidad de la persona y como parte médica, pues quien va a ir a consulta con una persona involucrada en tales hechos, no se puede hablar de discriminación pero se deben tener en cuenta los valores que se manejan en el entorno militar. (Record: 17:02)

Acorde con lo anterior, advierte esta Juzgadora que en efecto, la accionante es objeto de una afectación de carácter moral, psicológico y emocional, al punto de que tuvo que

acudir en consulta de psicología con el Testigo, señor HERNÁNDEZ KUNZEL, tratamiento en el que tuvo que ser medicada por presentar una depresión grave.

Sin embargo, conforme a lo narrado por el mismo deponente, se extrae que tal perjuicio no emerge como una consecuencia directa de la decisión de retiro adoptada por la entidad demandada, sino en general, de todo lo sucedido, es decir, del hecho de haberse visto envuelta en el escandalo publicado en medios de amplia circulación como una red delincuencial encaminada a defraudar al Ejército Nacional, nótese que el aludido testigo indicó que la Sra. GARZÓN PORRAS inició dicho tratamiento como oficial activa y posteriormente en su retiro (Record: 14:30 aprox.), lo que implica que la aludida afectación se dio incluso antes de haber sido retirada.

Se reafirma dicha conclusión, si se tiene en cuenta que el testigo precisó que es el hecho de haberse visto involucrada en tales hechos, lo que genera, una especie de muerte moral y menoscabo a su credibilidad como profesional de la salud, especialmente con ocasión de los valores que se exaltan en el entorno militar, lo que nos lleva a concluir que tal perjuicio no se deriva del retiro en sí mismo, sino de las publicaciones efectuadas en la prensa nacional, en consecuencia la pretensión en tal sentido, tendrá que ser denegada.

Igual suerte correrá la indemnización que se pretendió también como daño inmaterial bajo la denominación de daño a la vida de relación, toda vez que aun cuando el testigo en cita refirió que el señor SALINAS GARZÓN, esposo de la accionante, se encontraba visiblemente afectado, lo cierto es que según su dicho, ello lo advirtió el deponente en una interacción social aparentemente esporádica, y en todo caso, no se indicó y menos aún acreditó, a que se refería con "visiblemente afectado", luego el Despacho considera que tal perjuicio no se encuentra acreditado dentro del plenario.

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 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en consecuencia, como quiera que entre la fecha de expedición de la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016 y la presentación de la demanda (28 de marzo de 2016[10]) no transcurrió el

[10] Folio 190

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 fe dentro del sub-examine.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 341 del 20 de enero de 2016, cuyo soporte se fincó en el Acta No. 09 del 7 de octubre de 2015, por las razones expuestas 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 a la señora ROSSE MARY GARZÓN PORRAS identificada con la C.C. 52.104.132, sin

solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando como Teniente Coronel ADM, y a que efectúe el pago todos los haberes (sueldos, gastos de representación, primas, vacaciones, cesantías) dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el retiro hasta la fecha en que se haga el reintegro.

TERCERO: 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 = R.H. (INDICE FINAL / 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.

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

QUINTO: Se niegan las demás prestaciones de la demanda.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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 AVILA
Juez

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

Hoy nueve (9) de agosto de 2018 se notifica la sentencia anterior por anotación en el ESTADO No. 054

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

MPV.

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

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	**110013342-052-2017-00527-00**
Demandante:	**GLORIA ASTRID TRUJILLO DÍAZ**
Demandado:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Gloria Astrid Trujillo Díaz en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

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 señora Gloria Astrid Trujillo Díaz, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 16667 del 22 de marzo de 2017, mediante la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de la parte actora.

Se declare la nulidad de la Resolución No. DIR 5544 del 15 de mayo de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, a:

Declarar que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Reliquidar la pensión de vejez en los términos del artículo 6º del Decreto 546 de 1971, con la inclusión de los factores salariales contemplados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

Pagar las diferencias que resulten de la anterior reliquidación pensional, a partir del 1º de abril de 2016.

Indexar las sumas que resulten del anterior reconocimiento desde el 1º de abril de 2016, con base en la aplicación del porcentaje del IPC certificado por el DANE.

Cumplir con el fallo judicial en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

Condenar al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 50 a 52):

La actora nació el 27 de noviembre de 1958, por lo tanto cumplió 50 años de edad el 27 de noviembre de 2008 y prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación por más de 10 años.

La demandante al 1º de abril de 1994 –fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 35 años de edad y más de 15 años de prestación de servicios.

Mediante la Resolución No. GNR 334032 de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez a favor de la actora.

En contra de la anterior decisión la actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. VPB 1215 del 16 de enero de 2015, en el sentido de reliquidar la pensión elevando la cuantía a la suma de $5.576.649.

La Fiscalía General de la Nación aceptó la renuncia al cargo que desempeñó la actora mediante la Resolución No. 2367 del 22 de diciembre de 2015, efectiva a partir del 1° de abril de 2016.

La entidad demandada por medio de la Resolución No. GNR 218252 del 26 de julio de 2016, ingresó en nómina la pensión de la demandante a partir del 1° de abril de 2016, en cuantía de $5.954.187.

La actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 9 de marzo de 2017, mediante el cual solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su derecho pensional.

Mediante la Resolución No. SUB 16667 del 22 de marzo de 2017, la Administradora negó la anterior solicitud.

Contra la anterior decisión la actora presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la Resolución No. DIR 5544 del 15 de mayo de 2017.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 29, 48, 53, 83, 85, 87 y 90 de la Constitución Política; artículos 8 y 9 de la Ley 153 de 1887; numerales 1°, 2° y 12 del artículo 3° y artículos 138, 151, 152, 162 y 164 de la Ley 1437 de 2011; artículo 6° del Decreto 546 de 1971; artículo 12 del Decreto 717 de 1978; artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto legislativo 01 de 2005 y demás normas vigentes y la Circular No. 054 del 3 de noviembre de 2010, emitida por la Procuraduría General de la Nación.

Señaló que la entidad demandada con la decisión desfavorable contenida en los actos administrativos acusados vulneró el derecho fundamental a la dignidad humana, teniendo en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y laboró por más de 37 años, de los cuales 28 fueron al servicio de la Rama Judicial.

Por lo tanto, la actora es beneficiaria del régimen pensional consagrado en el Decreto 546 de 1971, con la inclusión de los factores salariales contenidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

Finalmente, citó jurisprudencia del Consejo de Estado como sustento de sus argumentos.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 76 a 93).

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, esto es, las contenidas en el Decreto 546 de 1971, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tuvo en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993 y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

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"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (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 del demandante 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 audiencia inicial adelantada el 27 de julio del año en curso (Fls. 121 a 124), las partes alegaron de conclusión.

Conforme lo anterior la apoderada de la parte demandante manifestó que la actora reúne los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo tanto, afirmó que tiene derecho al reconocimiento pensional en los términos del Decreto 546 de 1971.

Razón por la cual, tiene derecho a que se incluyan los factores salariales establecidos en el Decreto 717 de 1978.

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda, resaltando que el IBL no hace parte del régimen de transición, motivo por el cual, su cálculo se realiza con los factores devengados en los 10 últimos años de servicios, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

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 llevada a cabo el 27 de julio del año en curso (Fls. 121 a 124), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada, con la inclusión de todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en el Decreto 546 de 1971?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. GNR 218252 del 26 de julio de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES incluyó en nómina la pensión de la actora a partir del 1º de abril de 2016, con la respectiva constancia de notificación (Fls. 3-8).

2.2. Copia simple de la Resolución No. SUB 16667 del 22 de marzo de 2017, mediante la cual COLPENSIONES negó a la actora la reliquidación de la pensión de vejez, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 9-14).

2.3. Copia simple de la Resolución No. DIR 5544 del 15 de mayo de 2017, por la cual se resolvió un recurso de apelación en el sentido de confirmar en todas sus partes la anterior decisión, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 15-22).

2.4. Certificación expedida por el Tesorero de la Fiscalía General de la Nación, en la que se relacionan los factores salariales devengados por la actora en el periodo comprendido entre enero de 2015 hasta diciembre de 2016 (Fls. 23-24).

2.5. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Astrid Trujillo Díaz (Fl. 25).

2.6. Copia simple de resumen de semanas cotizadas por la actora en la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES (Fls. 98-107).

2.7. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la actora (Fl. 75).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que refieren a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

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 bajó 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 normas[1], las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a 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 fe 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]

Por lo tanto, 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 una o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

---

[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.
[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.

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 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 10[3], 102[4], 256[5], 269[6] y 270[7] mecanismos, recursos y formas de aplicación de la sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos

---

[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.

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 7° 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.

- **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, en este caso, el Decreto 546 de 1971 (Régimen Especial de la Rama Judicial) es decir, la totalidad de los factores percibidos durante el último años de prestación de servicios 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 o de todo el periodo si este fuere inferior según corresponda, 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 Víctor 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 taxativamente enlistados 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*

[8] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 25000232500020060750901.

*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).

Ahora bien, se tiene que las pensiones de la Rama Judicial cobijadas por el régimen de transición gozan de un régimen especial, el cual se encuentra establecido en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, por lo tanto, las mismas quedan excluidas de la aplicación de la Ley 33 de 1975.

Así las cosas, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del 7 de febrero de 2013, discurrió:

"(...)
La demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Dicho Decreto dispuso que la liquidación de la pensión de jubilación se hará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.

En efecto, el artículo 6° estableció:

"Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.".

En consecuencia, los funcionarios que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público tienen un régimen especial, en virtud del cual continúan con el derecho a disfrutar de una pensión

[9] Ibidem.

igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

De conformidad con las pruebas allegadas al expediente la actora tiene derecho a la aplicación del referido régimen por cuanto laboró durante más de 10 años al servicio de la Fiscalía General de la Nación, es decir que se encuentra dentro del supuesto fáctico establecido por la precitada disposición.

vi) Liquidación pensional.

Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional de la señora Martha Lucía López Mora, es la contenida en la parte final del precitado artículo 6º del Decreto 546 de 1971, según la cual, la pensión vitalicia de jubilación, debe ser "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios (...).".

Se observa, entonces, que la anterior disposición sujetó la base de liquidación pensional a lo "devengado" por el funcionario, por lo cual, para efectos de determinar el monto de la pensión a que tiene derecho el accionante, es preciso recurrir al artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que reguló, entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público…
(…)
En este orden de ideas, la asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el ***empleo y todas las sumas que reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley****".*
(…)" (Negrillas fuera del texto original).

Se colige entonces, que para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, se debe tener en cuenta la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio (Artículo 6° del Decreto 546 de 1971).

Dicha asignación comprende además del salario básico del cargo los factores de salario, correspondientes a todas las sumas que habitual y periódicamente perciba el empleado como retribución del servicio.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón[10], 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

[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

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).*
> *(...)".*

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 inescindiblilidad 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).
(...)
Escindirse 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 cuento no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.
(...)".

Conforme lo anterior, pese a 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 por 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 serian 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, precisó que 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, mediante el cual declaró 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 inexequibilidad 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 es objeto 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 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio del tiempo que les hiciere falta o 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, al expresar 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 debían 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 una 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 articulos 21 y 36 inciso 3° 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 a partes 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 hacerlo 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. Esto 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 sobreseídas 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 resolutiva 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 (...)".*** *(Negrillas 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.**

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 lo expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la

presente providencia y en cumplimiento del artículo el 7° del CGP[11] aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente[12], 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.

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 posteriormente[13], 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 3° 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 pacifica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

---

[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 una 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.

[13] Ver sentencia T -292 del 2006.

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 inexequibilidad 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 inexequibles las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4° de la Ley 860 de 2003 al inciso 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 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 estudiaron acciones de tutela 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 (el promedio del tiempo que les hiciere falta o de los últimos 10 años de servicio).

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 dispuesto 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 del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad[14], sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a esa 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, (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 bajo estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema bajo estudio respecto del escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones

[14] Corte Constitucional sentencia T-832A-13

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), en el sentido de precisar 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, pues 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 interprete 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 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 normas[15].

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y b) la interpretativa restringida. Frente a éstas, 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. Por lo cual, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se

[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.

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 empleado[17].

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

---

[16] Para el Efecto. Ver T-559/11
[17] Para el Efecto. Ver T-730/14

Lo anterior se reitera porque: i) permite que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo[18] 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 Gloria Astrid Trujillo Díaz, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 16667del 22 de marzo de 2017 y DIR 5544 del 15 de mayo de 2017, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, negó la reliquidación de la pensión de la actora y resolvió un recurso de apelación, respectivamente.

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada, en virtud de la aplicación integral del Decreto 546 de 1971, con la inclusión de todos los factores de salario consagrados en el Decreto 717 de 1978, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

Entonces, se precisa que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, para los empleados del orden nacional, fecha para la cual la señora Gloria Astrid Trujillo Díaz tenía más de 35 años de edad, pues nació el 27 de noviembre de 1958, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 25 del expediente.

[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.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en el régimen anterior al cual se encontraba afiliada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, el régimen especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta que se vinculó desde el 1° de septiembre de 1985, tal como consta en la Resolución No. GNR 218252 del 26 de julio de 2016 (Fl. 4 vto).

Así las cosas, se encuentra demostrado con la Resolución No. GNR 218252 del 26 de julio de 2016, que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aplicó el Decreto 546 de 1971, por ser beneficiaria del régimen de transición (Fls. 4-8).

Razón por la cual, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe promediar con base en la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en 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 el Decreto 546 de 1971 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, se resalta que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados por la normativa actual, es decir en el Decreto 1158 de 1994, que al tenor dispone:

> *"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 de ideas, se advierte que los actos administrativos aplicaron la normatividad conforme a los parámetros antes expuestos, puesto que se aplicó el 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.

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.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos impugnados, se impone denegar las súplicas elevadas.

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 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,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

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

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 AVILA
Juez

CA

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 9 de agosto de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 057.

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

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

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	**11001-33-42-052-2017-00547-00**
Demandante:	**RAFAEL ANTONIO ESPINEL BARAJAS**
Demandado:	**CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL – CASUR**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Prima de actualización como partida computable de asignación de retiro.**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Rafael Antonio Espinel Barajas a través de apoderado judicial en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR.

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 Rafael Antonio Espinel Barajas, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad del Oficio No. 263263 del 13 de septiembre de 2017 expedido por la entidad accionada, mediante el cual negó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta la prima de actualización como partida computable.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a:

- Reajustar la asignación de retiro del actor incorporando como partida computable la prima de actualización que fue devengada en los años 1992 a 1995 en virtud de los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994, 113 de 1995 a partir del 9 de junio de 2010.

- Condenar al sujeto pasivo a pagar las sumas adeudas debidamente indexadas junto con los intereses moratorios y corrientes.

- Condenar a la accionada al pago de costas y agencias en derecho y que se dé cumplimiento a la sentencia conforme los términos de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.17 a 19):

El accionante prestó sus servicios a la Policía Nacional en su calidad de Agente desde el 12 de febrero de 1990 hasta el 9 de junio de 2010 cuando adquirió el derecho a percibir asignación de retiro.

En efecto, la entidad accionada mediante la Resolución No. 2655 del 19 de mayo de 2010 reconoció al actor asignación de retiro, sin tener en cuenta como partida computable la prima de actualización que se percibió en actividad durante los periodos comprendidos entre 1992 a 1995.

El accionante en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante el sujeto pasivo el 5 de septiembre de 2017 en el cual solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en los valores devengados por concepto de prima de actualización.

La entidad accionada mediante el Oficio No. 263263 del 13 de septiembre de 2017 negó la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; artículo 15 del Decreto 335 de 1992, artículo 28 del Decreto 025 de 1993, artículo 28 del Decreto 065 de 1994, artículo 29 del Decreto 133 de 1995, artículo 13 Ley 4ª de 1992, artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

Afirmó el mandatario que la entidad accionada debe incluir en la asignación de retiro del actor los porcentajes percibidos por concepto de prima de actualización, tal como fue reconocido en 8 sentencias por el Tribunal Administrativo del Bolívar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.35 a 39).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la prima de actualización desapareció en el año 1995, motivo por el cual no puede ser tenida en cuenta como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Por ello, propuso la excepción que denominó: *"Inexistencia del derecho"*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepción antes referida encuentra el Despacho que tal consideración no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además constituye argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de ésta 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 sentencia que resuelva la presente controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 27 de junio de 2018 (fl.60), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 11 y 36 segundos hasta el minuto 17 y 58 segundos y la demandada del minuto 18 y 10 segundos hasta el minuto 18 y 50 segundos de la grabación visible a folio 62 del expediente.

La representante del Ministerio Público guardo silencio.

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 27 de junio de 2017 (Fls. 58 a 60), 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 demandante a que sea reajustada la asignación de retiro incorporando en la asignación básica los porcentajes establecidos por prima de actualización?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Hoja de servicios No. 79578120 del accionante (fl.2).

2. Resolución No. 2655 del 19 de mayo de 2010 mediante el cual la entidad accionada le reconoció asignación de retiro al actor (fls.3 a 4).

3. Escrito presentado por el accionante en ejercicio del derecho de petición ante el sujeto pasivo el 5 de septiembre de 2017 en el cual solicitó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta los valores percibidos por prima de actualización (fls. 5 a 10).

4. Oficio No. 201719840 del 13 de septiembre de 2017 mediante el cual la entidad accionada negó la anterior petición (fl.11).

5. Extractos de pago efectuados al actor durante los años de 1990 y 1995 (fls.12 a 14).

6. Liquidación de la asignación de retiro del demandante (fls.15 a 16).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia al régimen especial que gobierna a las Fuerzas Militares y de Policía y establecer la naturaleza de la prima de actualización y los periodos en los cuales fue reconocida.

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 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 desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Ejecutivo profirió el Decreto 335 de 1992 a través de la cual se creó la prima de actualización, consagrándola en los años subsiguientes en los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995, prestación la cual tenía como destinatario el personal activo de la Fuerza Pública, según se lee en cada parágrafo del artículo 28 y 29 de las normas mencionadas, de la siguiente manera:

> *"El personal* ***que la devengue en servicio activo*** *tendrá derecho a que se le compute para* ***reconocimiento de*** *la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales" (Negrillas por fuera del texto).*

La parte resaltada del texto anterior, fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado por ser violatoria del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, mediante sentencias del 14 de agosto de 1997, expediente núm. 9923, respecto de los parágrafos del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 e igualmente frente al parágrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, a través del fallo de 06 de noviembre de 1997, expediente número 11423, en el sentido que el beneficio estipulado, debía hacerse extensivo al personal retirado de la Fuerza Pública.

---

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

Como consecuencia de dicha declaratoria, la prima de actualización debe reflejarse en las asignaciones y pensiones reconocidas al personal retirado pero bajo el entendido que su cómputo sólo opera por las anualidades que estuvo vigente, esto es, los años 1992 (en este año nació a la vida jurídica), 1993, 1994 y 1995, toda vez que su creación fue transitoria mientras el Gobierno Nacional fijaba la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración salarial del personal activo y retirado de la Fuerza Pública.

La escala gradual porcentual fue establecida por el Gobierno Nacional a partir del Decreto 107 de 1996, por lo tanto no procede el cómputo de la prima de actualización después del 1º de enero de 1996 ya que se reitera la extensión de percibir la prima de actualización como factor salarial para el aumento de las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares fue exclusivamente para el periodo comprendido entre 1992 y 1995.

Bajo los anteriores términos se expresó el Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2003, al resolver un asunto de igual características al que se estudia en el epígrafe:

> *"En el mismo sentido se desestima la reclamación del demandante respecto de la inclusión de la prima de actualización* ***como partida computable a partir del año 1996****, por cuanto tal prestación, como se indicó, solo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.*
>
> *Lo dicho porque los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente, como lo busca el demandante, sino que la crearon con vigencia limitada para los años indicados, esto se deduce con toda claridad del texto de cada uno de los decretos y de lo expresamente manifestado por la Ley 4ª de 1992, que sólo autorizó la nivelación por "las vigencias fiscales de 1993 a 1996" situación que también es aplicable para los retirados.*
>
> *De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados"*[2]*. (Las negrillas fuera de texto).*

Entonces, la prima de actualización es un emolumento que tiene un carácter temporal, que nació en principio a favor del personal que se encontraba en servicio activo y con posterioridad se extendió para aquellos que se encontraban retirados.

Así mismo, se concluye que no se posible considerarlo como factor salarial como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignaciones de retiro posteriores a 1996,

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 20 de Febrero de 2003 C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

ya que el derecho a percibir dichos valores se generaron para los años de 1992 a 1995 sin que dicho emolumento pueda trascender en el tiempo.

El Consejo de Estado en sentencia del 1° de marzo de 2012, dentro del Proceso 2006-00209-01(0537-11), Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón, reiteró la posición asumida por ese alto órgano judicial en lo correspondiente a no tener en cuenta la prima de actualización como factor salarial para ser incluido con posterioridad a la asignación de retiro, como pasa a leerse:

> *"En efecto, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, si la prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo comprendido entre 1992 y 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.*
>
> *En las anteriores condiciones, no es posible ordenar el reconocimiento y pago de la prima de actualización a partir del 1° de enero de 1992, pues la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el particular y dicho fallo es obligatorio.*
>
> ***En efecto, al haber sido declarado exequible el Decreto 335 de 1992, en la forma como fue expedido, el derecho por ese año a devengar la prima de actualización sólo nació para quienes se encontraban en servicio activo y sólo a partir de la declaratoria de las normas siguientes, se extendió a quienes se encontraban retirados, es decir, que no existe base legal para efectuar el reconocimiento por el año que señala el recurrente.***
>
> ***La prima de actualización como factor salarial.***
>
> *La escala gradual porcentual para el personal de la Fuerzas Armadas se fijó mediante el Decreto 107 de 1996, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1996 y en el artículo 39 derogó el Decreto 133 de 1995 que por ello se causó hasta el 31 de diciembre de 1995.*
>
> ***La prima de actualización no puede ser considerada factor salarial para la asignación de retiro, pues dicha prestación como ya se expuso se reconoció con carácter temporal.***
>
> *Mediante el Decreto 107 de 1996, se fijó la escala salarial definitiva y la aplicación de ésta reemplazó la prima de actualización, es decir que en virtud del mismo principio de oscilación, la prima se reemplazó para los*

retirados y por tanto ya no se incluía en la asignación de retiro o pensión porque nunca tuvo factor salarial permanente.

Esta Corporación ya ha manifestado que el reajuste de la asignación de retiro por efecto de la prima de actualización no procede como factor salarial permanente como lo pretende la parte actora."

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo por providencia del 7 de abril de 2016, referencia No. 13001-23-31-000-2010-00647-01, número interno 2318-2014, señaló que la prima de actualización, niveló la remuneración del personal activo y retirado por los años 1992 y 1995, sin que sea posible reconocerse para los años subsiguientes como base de la prestación, toda vez que en adelante se aplica el principio de oscilación, así:

"Descendiendo al caso bajo examen, se tiene que la sentencia recurrida accedió parcialmente a las pretensiones del actor, pues concedió el pago de la prima de actualización del 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1995, pero negó que ésta fuera incluida en la base para la reliquidación de la asignación de retiro después de 1995, aspecto este último objeto del recurso de apelación. (...) Posteriormente en sentencia del 5 de septiembre de 2013[3], se consideró que:

Así las cosas, una vez expedido el Decreto 107 de 1996, por el cual se acoge la referida escala gradual porcentual, se extinguió la condición por la cual fue creada la prima de actualización y la misma, debe decirse, quedó incluida en las asignaciones de retiro que a partir de esa fecha se reconocen a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, en virtud al principio de oscilación. (...) En efecto, debe precisarse que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados. Por ello, no resulta necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la pensión por invalidez percibida por el actor.

En este aspecto[4], se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se

[3] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 5 de septiembre de 2013, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2003-04343-01 (2717-12)

[4] Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la pensión por invalidez que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Este es el criterio actual de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda de esta Corporación, tal como se evidencia en la sentencias del 11 de febrero de 2015[5] y 10 de julio de 2014[6]".

Por tanto, la prima de actualización cumplió su finalidad de nivelar el reajuste salarial del personal en actividad y del personal con pensión y/o asignación de retiro reconocida, pero sólo por los años 1992 a 1995 ya que partir del año 1996 la incidencia en el reajuste de esas prestaciones pensionales se garantizó a través del principio de oscilación.

CASO CONCRETO.

Se encuentra demostrado en el plenario que el accionante prestó sus servicios a la Policía Nacional en calidad de Agente desde el 12 de febrero de 1990 hasta el 9 de junio de 2010 tal como se advierte de la hoja de servicios No. 79578120 obrante a folio 2 del plenario.

En virtud del tiempo de servicios prestados a la Policía Nacional, la entidad accionada mediante la Resolución No. 2655 del 19 de mayo de 2010 reconoció asignación de retiro al demandante efectiva a partir del 9 de junio de 2010 (fl.3).

Ahora bien, el accionante en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante la demandada el 5 de septiembre de 2017 (fl.5), en el cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el porcentaje de la prima de actualización devengado en actividad.

Sobre el particular, como se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente sentencia, la prima de actualización que fue creada mediante los Decretos

---

[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 11 de febrero de 2015, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2009-00332-01 (2580-2013).
[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 10 de julio de 2014, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2002-04115-01 (0510-12)

334 de 1992, 26 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 tuvo como fin nivelar las asignaciones básicas de los miembros activos de los Fuerzas Militares y de Policía.

Con posterioridad, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, la prima de actualización se extendió para los miembros retirados de la Fuerza Pública que gozaran de asignación de retiro y/o pensión pero sólo respecto a los periodos en los cuales esa prima fue reconocida, es decir de 1992 a 1995. Ello, por cuanto el Gobierno Nacional niveló a partir del Decreto 107 de 1996 bajo la escala gradual porcentual (principio de oscilación) las asignaciones básicas y de retiro incorporando dentro de ellas la prima de actualización.

Conforme a lo expuesto, es factible llegar a las siguientes conclusiones: (i) La prima de actualización entró a ser factor computable de las asignaciones de retiro y/o pensión que fueron reconocidas con anterioridad a 1995, pero sólo para el periodo comprendido entre 1992 a 1995 y; (ii) respecto a las asignaciones de retiro y/o pensión que fueron reconocidas con posterioridad a 1995, la prima de actualización se incorporó a la asignación básica como partida computable, por lo que no hay lugar a realizar una liquidación por ambos emolumentos de manera diferencial, ya que como se explicó a partir de la expedición del Decreto 107 de 1996 el Gobierno Nacional bajo el principio de oscilación fijó las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública dentro de la cual incorporó directamente la prima de actualización.

En ese orden de ideas, atendiendo que el accionante adquirió la asignación de retiro en el año 2010 (fl.4), la asignación básica que sirvió como partida computable para liquidar el monto de esa prestación pensional incorporó la prima de actualización que devengo dicho sujeto procesal en actividad (fls.12 a 14), por lo cual no hay lugar a acceder a 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 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 lugar a 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 AVILA
Juez

S.A

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 9 de agosto de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 057.

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., ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Proceso:	110013342-052-**2018-00033**-00
Demandante:	**GONZALO HUMBERTO ÁLVAREZ BENAVIDES**
Demandado:	**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**
Asunto:	Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho interpuesto por el señor Gonzalo Humberto Álvarez Benavides en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

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, el accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declarare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. RDP 018110 del 2 de mayo de 2017; (ii) RDP 025467 del 20 de junio de 2017 y; (iii) RDP 027549 del 7 de julio de 2017 mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación pensional.

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 semestre de conformidad al artículo 7° del Decreto 929 de 1976, el pago de la indexación, gastos, costas procesales, intereses y que se de cumplimiento a la sentencia con base en lo dispuesto en los artículos 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 49 a 57):

El accionante, el 30 de diciembre de 2014 en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante COLPENSIONES en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 167788 del 6 de junio de 2015 reconoció la pensión solicitada.

COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR 217827 del 25 de julio de 2016 revocó la Resolución No. 167788 del 6 de junio de 2015 por falta de competencia atendiendo que la entidad a quien le correspondía pronunciarse respecto a la pretensión pensional es la UGPP.

Por lo anterior, el actor solicitó se diera traslado a la UGPP la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

La entidad accionada mediante la Resolución No. 018110 del 2 de mayo de 2017 resolvió la anterior petición reconociendo la pensión de vejez solicitada pero sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último semestre de conformidad al Decreto 929 de 1976.

Inconforme con lo anterior, el sujeto activo interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación.

Los anteriores recursos fueron resueltos desfavorablemente por el extremo pasivo mediante las Resoluciones Nos. RDP 025467 del 20 de junio de 2017 y RDP 027549 del 7 de julio de 2017 respectivamente.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política, Ley 1437 de 2011, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Decreto 929 de 1976 y Decreto 1045 de 1978.

Señaló que la entidad accionada esta infringiendo el régimen especial de la Contraloría General de la Republica al no liquidar la pensión de vejez del actor

teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente (fls. 81 a 86), la UGPP contestó la demanda, formulando las excepciones que denominó: "*Inexistencia de la obligación", "Prescripción", "Buena Fe", "Cobro de lo no debido", "Imposibilidad Jurídica para cumplir con lo pretendido" e "innominada".*

CONTESTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES: Las denominadas *"Inexistencia de la obligación", "Buena Fe", "Cobro de lo no debido", "Imposibilidad Jurídica para cumplir con lo pretendido" e "innominada"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan no sólo 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.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 24 de julio de 2018 (fl.113), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 11 y 15 segundos hasta el minuto 11 y 50 segundos y la demandada del minuto 11 y 56 segundos hasta el minuto 11 y 50 segundos de la grabación visible a folio 119 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 24 de julio de 2018 (Fls. 113 a 115), se determinó que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿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 los últimos seis (6) meses de servicio de conformidad con lo previsto en el Decreto 929 de 1976?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

a. Copia del escrito de petición presentado por el accionante ante COLPENSIONES el 30 de diciembre de 2014 en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (fls. 3 a 8).

b. Resolución No. GNR 1677888 del 6 de junio de 2015 proferida por COLPENSIONES en el cual resolvió favorablemente la anterior petición (fls. 9 a 11).

c. Resolución No. 191473 del 29 de junio de 2016 expedida por COLPENSIONES en la cual declaró la falta de competencia para reconocer los derechos pensionales del actor y solicitó autorización para realizar la revocatoria de la Resolución No. GNR 1677888 del 6 de junio de 2015 (fls. 13 a 16).

d. Resolución No. GNR 217827 del 25 de julio proferido por COLPENSIONES a través del cual se revocó la Resolución No. GNR 1677888 del 6 de junio de 2015 y se ordenó el traslado de la historia laboral del actor a la UGPP para que procediera a pronunciarse respecto a la pensión de vejez solicitada (fls.18 a 21).

e. Resolución No. RDP 018110 del 2 de mayo de 2017 proferida por la accionada en la cual se reconoció pensión de vejez a la parte actora (fls. 23 a 26).

f. Recurso de reposición en subsidio de apelación radicados por el actor en contra del anterior acto administrativo el 12 de mayo de 2017 (fls.28 a 33).

g. Resolución No. RDP 025467 del 20 de junio de 2017 proferido por el sujeto pasivo en el cual se negó el recurso de reposición radicado por la parte actora (fls.34 a 35).

h. Resolución No. RDP 027549 del 7 de julio de 2017 a través del cual la entidad accionada negó el recurso de apelación (fls. 37 a 39).

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que refieren a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

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 4° 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 bajó 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 normas[1] las reglas de derecho que se desprenden

[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.

de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a 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*

[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.

inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la 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 10[3], 102[4], 256[5], 269[6] y 270[7] mecanismos, recursos y formas de aplicación de la 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 7° 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, en este caso, el Decreto 929 de 1976 (Régimen Especial Contraloría General de la República) es decir, la totalidad de los factores percibidos durante el último semestre de servicios 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 o del todo el periodo laborado según corresponda, 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).

En tratándose del régimen especial de la Contraloría General de la República, se ha dispuesto que las normas aplicables para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez son los Decretos Nos. 929 de 1976, 3135 de 1968 y 1045 de 1978 y no la Ley 33 de 1985 consagrada para el régimen general de los servidores públicos.[10]

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, dentro del expediente 25000232500020100003101 (0899-2011), con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, precisó que a efectos de la liquidación de la pensión de los servidores de la Contraloría General de la República,

---

[8] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 25000232500020060750901.

[9] Ibídem.

[10] Para el efecto ver la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, el 30 de marzo de 2017, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter dentro del radicado No. 25000-23-42-000-2012-00958-01.

igualmente deberán tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios:

> *"Ahora bien, como la especialidad del régimen pensional de estos empleados se dirige a dotarlos de condiciones más favorables no puede negárseles un derecho que se le reconoce a la generalidad de los empleados aduciendo su falta de consagración en las normas especiales.*
>
> *En relación con los factores a tener en cuenta esta Sección en sentencia de 19 de junio de 2008, Expediente N.° 1228-07, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expresó:*
>
> *'(...) Para la Sala, la anterior relación de factores no pueden ser entendidos de manera taxativa y excluyente de los factores consagrados en el referido artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por dos razones: la primera, por cuanto fue el propio Decreto 929 de 1976 en su artículo 17 que remitió a sus factores; remisión que adhirió al régimen especial de la Contraloría, en cuanto a factores salariales se refiere, al régimen general de los empleados públicos. Y la segunda, porque la filosofía del artículo 40 del Decreto 720 de 1978 consistió en enunciar algunos factores salariales, toda vez que de su texto se desprende la existencia de otros posibles al decir que* ***'Además (...) constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios'.***
>
> ***En resumen, la Sala precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los empleados de la Contraloría General de la República debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978 y el 40 del Decreto 720 del mismo año, sin perjuicio de todos aquéllos que de manera habitual y periódica recibe el empleado como contraprestación por sus servicios. (...)'***
>
> *En esta oportunidad, la Sala acoge la anterior posición con el fin de determinar los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de la actora." (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, 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 o semestral según el caso, 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 Rincón[11], 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 o semestre de servicio debía o no incluirse como base de liquidación a saber: (i) el de la *"retribución"*, es decir,

[11] 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

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).*
> *(...)*

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 inescindiblilidad 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).*
>
> *(...)*
> *Escindirse 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 cuento 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 o semestre de servicios.

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 inexequibilidad 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 o de la totalidad del periodo laboral cuando resulte más favorable.

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 de Casación 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 en su especialidad 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 especialidad 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 y el Decreto 929 de 1976 según el caso, 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 21 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 a partes 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 hacerlo 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. Esto 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 sobreseídas 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 resolutiva 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****" (Negrillas 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.

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 CGP[12] aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente[13], 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.

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

---

[12] *"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)*

[13] De esa manera si el juez desea apartarse de una 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.

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 posteriormente[14]. 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 3° 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 inexequibilidad 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 inexequibles las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4° de la Ley 860 de 2003 al inciso 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.*

[14] Ver T 292 de 2006.

> ***Solamente, hasta el pronunciamiento realizando en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió especificamente 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 en su especialidad laboral, respecto a trabajadores oficiales y del sector privado 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 existia 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 especiales INPEC y Contraloría General de la República, 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 o del todo tiempo cotizado).

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 integridad[15], sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a esa 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, (iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se

[15] Corte Constitucional sentencia T-832A-13

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 bajo 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 interprete 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 normas[16].

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;[17] 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 empleado[18].

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial que no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición ya que este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de

---

[16] 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.
[17] Para el Efecto. Ver T-559/11
[18] Para el Efecto. Ver T-730/14

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 reemplazo[19] 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 el señor Gonzalo Humberto Álvarez Benavides, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 018110 del 2 de mayo de 2017,

[19] 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.

RDP 025467 del 20 de junio de 2017 y RDP 027549 del 7 de julio de 2017 mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación pensional solicitada.

El accionante solicita la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, en virtud de la aplicación integral del Decreto 929 de 1976, régimen especial de la Contraloría General de la República al cual tiene derecho en virtud de ser beneficiario del régimen transicional.

Entonces, se advierte que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia a partir del 1° de abril de 1994, para los empleados del orden nacional, fecha para la cual el señor tenía 40 años de edad, pues nació el 6 de septiembre de 1953, tal como se colige de la Resolución No. RDP 018110 del 2 de mayo de 2017 (fl.23).

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable al actor es el establecido en el Decreto 929 de 1976, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber trabajado más de 10 años al servicio de la Contraloría General de la Republica (fl.9) en cuanto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo.

Razón por la cual, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe promediar con base en la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en 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 el Decreto 929 de 1976 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."[20]

En ese orden, revisado los actos administrativos acusados, se advierte que en la misma se dio aplicación a la normatividad conforme a los parámetros antes expuestos, pues en efecto se 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.

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

Decantado lo anterior, resulta forzoso colegir que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de la que están investidos los actos administrativos acusados, lo que impone denegar las súplicas elevadas.

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

---

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

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

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

Hoy 9 de agosto de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. 054

DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

S.A.