



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Proceso:** 110013342-052-2017-00216-00  
**Demandante:** BERTILDA GUERRERO DE ARIAS  
**Demandado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE  
LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia  
de primera instancia – PENSIÓN DE  
SOBREVIVIENTES.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentado por la señora Bertilda Guerrero de Arias 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, la señora Bertilda Guerrero de Arias, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

La Resolución No. 5240 del 18 de julio de 1980, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E.

La Resolución No. 2523 del 18 de agosto de 1981, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E.

La Resolución No. 27037 del 6 de junio de 2006, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E.

Del acto ficto que se configuró del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 3 de agosto de 2012.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, a:

Reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes en favor de la señora Bertilda Guerrero de Arias, en su calidad de beneficiaria del señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.), efectiva a partir del 19 de julio de 1970.

Reconocer y pagar los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas hasta que se verifique el pago, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Condenar a la entidad demandada a indexar las mesadas pensionales.

Condenar al pago de costas y agencias en derecho que se generen en el proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 144 a 146):

La señora Bertilda Guerrero de Arias contrajo matrimonio con el señor Carlos Enrique Arias Pereira.

El señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.) falleció el 19 de julio de 1970.

La convivencia entre la señora Bertilda Guerrero y el señor Carlos Enrique Arias Pereira fue de manera ininterrumpida y continua hasta la fecha de su fallecimiento.

El señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.) laboró como empleado público de un lado en Ecopetrol desde el 17 de septiembre de 1947 hasta el 11 de marzo de 1962 y de otro, al servicio del Instituto Nacional de Fomento Municipal desde el 3 de abril de 1962 hasta el 18 de julio de 1970, acumulando un tiempo de 22 años 3 meses y 25 días.

La demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 10 de febrero de 1980, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Mediante Resolución No. 5420 del 18 de julio de 1980 la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., resolvió negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Bertilda Guerrero de Arias.

En contra de la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la Resolución No. 2523 del 18 de agosto de 1981.

La demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición en el año 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

A través de la Resolución No. 27037 del 6 de junio de 2006, la entidad demandada negó el anterior reconocimiento pensional.

La demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 3 de agosto de 2012, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Carlos Enrique Arias Pereira.

La Unidad expidió el Auto No. ADP 000058 del 3 de enero de 2013, mediante el cual archivó la anterior solicitud de reconocimiento pensional.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas cita los artículos 2, 42 y 53 de la Constitución Nacional y los artículos 46, 47, 48 y 50 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que la entidad demandada está contrariando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que la actora tiene derecho al reconocimiento pensional en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues según su dicho el señor Carlos Arias (q.e.p.d.) al momento de su fallecimiento contaba con un total de 895 semanas de cotización.

Lo anterior, al señalar que se cumplen los requisitos del artículo referido, según el cual los miembros del grupo familiar del afiliado tendrán derecho a una pensión de sobrevivientes, siempre que este hubiera cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte.

Como sustento de los argumentos expuestos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Caldas.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 206 a 216).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, 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:

Indicó en síntesis que el causante no cumple con los requisitos contemplados en la Ley 12 de 1975, por ende no se le puede aplicar la disposición contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación"*, teniendo en cuenta que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida; (ii) *Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados*, en razón a que los actos administrativos demandados conservan su presunción de validez y surten plenamente sus efectos jurídicos; (iii) *Imposibilidad de condena en costas*, al presumirse la buena fe de la entidad que representa; (iv) *"Prescripción"*, por el término de 3 años de conformidad a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; (v) *"Imposibilidad de intereses moratorios"* contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se generan por el retardo en el pago de la pensión, sin que se aplique al asunto de la referencia, pues afirmó que la entidad pagadora canceló en tiempo la prestación; (vi) *"Requisitos de Procedibilidad"*, (vii) *"Caducidad de la acción"*, las cuales fueron resueltas de manera desfavorable en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el

21 de agosto de 2018 y (viii) "*Solicitud de Reconocimiento Oficioso de Excepciones*", al encontrarse en el transcurso del proceso hechos que constituyan excepción de mérito que deba ser declarada de oficio.

**DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas "*Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación*", "*Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados*", "*Imposibilidad de condena en costas*" e "*Imposibilidad del pago de intereses moratorios*", encuentra el Despacho que tales consideraciones 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.** Por medio de auto del 21 de septiembre de 2018 (Fl. 242) se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

Conforme lo anterior el apoderado de la señora Bertilda Guerrero de Arias (Fls. 244 a 249) se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, resaltando que la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en consideración a que el señor Carlos Enrique Arias Pereira (q.e.p.d.), cumplió con los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, esto es acreditar más de 26 semanas de cotización al momento de su fallecimiento.

Por su parte, el apoderado de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP** (Fls. 250 a 254) presentó alegatos de conclusión ratificándose en los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, precisando que el actor no cumplió con los requisitos de la norma que se debe aplicar al momento del fallecimiento.

Por lo tanto, afirmó que pese a cumplir el requisito de 20 años de prestación de servicios, no cumple con el referente a la edad establecido en 55 años, puesto que al momento de su muerte ocurrida el 19 de julio de 1970, tenía 43 años de edad, en consideración a que nació en el año 1927.

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 21 de agosto del año en curso (Fls. 228 a 232), 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 sobrevivientes, en su calidad de beneficiaria del señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.)?
- ¿Tiene derecho la actora al pago de intereses moratorios, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

### **2. ACERVO PROBATORIO.**

- 2.1. Copia auténtica del expediente administrativo del señor Carlos Arias Pereira (Fls. 4-43).
- 2.2. Copia auténtica de la Resolución No. 5240 del 18 de julio de 1980, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a la señora Arias (Fls. 44-46).
- 2.3. Copia auténtica de recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión (Fls. 48-49).
- 2.4. Copia auténtica de la Resolución No. 2523 del 18 de agosto de 1981, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social resolvió un recurso de apelación, en el sentido de confirmar la anterior decisión (Fls. 50-53).
- 2.5. Copia auténtica del telegrama enviado a la señora Bertilda Guerrero, por medio del cual se requirió para notificarla personalmente de la Resolución No. 2523 del 18 de agosto de 1981 (Fl. 54).
- 2.6. Copia auténtica de escritos por medio de los cuales se solicitan copias del expediente administrativo, se expiden y se remiten las mismas (Fls. 55-62).
- 2.7. Copia auténtica de autorización al señor Carlos Manuel Arias Guerrero para que efectúe los trámites de reclamación de la pensión del señor Carlos Enrique Arias Pereira (Fl. 63).
- 2.8. Copia auténtica de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición, por medio del cual la actora solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor Carlos Enrique Arias (Fl. 64).
- 2.9. Copia auténtica de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición, por medio del cual el apoderado judicial de la Actora solicitó el reconocimiento y pago de una sustitución pensional (Fls. 66-70).

2.10. Copia auténtica de partida No. 234 expedida por la Diócesis de Barrancabermeja, en la cual se hace constar que la señora Bertilda Guerrero contrajo matrimonio con el señor Carlos Enrique Arias el 12 de mayo de 1951 (Fl.71 y 92).

2.11. Copia auténtica de la cédula de ciudadanía de la señora Bertilda Guerrero de Arias (Fls.72 y 86).

2.12. Copia auténtica de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Correspondencia de la Caja Nacional de Previsión Social el 18 de abril de 2006, en la que indica que el señor Carlos Enrique Arias para esa fecha no se encontraba inscrito como pensionado por cuenta de la entidad (Fl.73).

2.13. Copia auténtica de la Resolución No. 27037 del 6 de junio de 2006, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE negó la solicitud de sustitución pensional en favor de la señora Bertilda Guerrero de Arias (Fls.74-78).

2.14. Copia auténtica de documento ilegible (Fl.78).

2.15. Copia auténtica de Auto No. ADP 000058 del 3 de enero de 2016, por medio del cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP le indicó a la demandante que la solicitud radicada el 3 de agosto de 2012, será archivada en consideración a que la entidad ya se pronunció al respecto en resoluciones proferidas con anterioridad, con su respectiva comunicación (Fls.79-82).

2.16. Copia auténtica del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social el 3 de agosto de 2012, por medio del cual la señora Bertilda Guerrero de Arias solicitó respuesta de fondo a la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional (Fls.83-85).

2.17. Copia auténtica de dictamen de seguridad impreso el 27 de mayo de 2013 (Fl.87).

2.18. Copia auténtica de edicto ilegible publicado por la UGPP el 16 de noviembre de 2012 (Fl.88).

2.19. Copia auténtica de formulario único de solicitudes prestacionales de la UGPP (Fl.89).

2.20. Copia auténtica de certificación expedida por el Párroco de Casabe de Yondó, en la cual se hace constar que la señora Bertilda Guerrero contrajo matrimonio con el señor Carlos Enrique Arias el 12 de mayo de 1951 (Fl.90).

2.21. Copia auténtica de memorando del 5 de febrero de 2015, por el cual la Subdirectora de Normalización de Expediente Pensionales de la Unidad remitió al Grupo de Abastecimiento Documental los edictos publicados en prensa para custodia, con sus anexos (Fl.91-93).

2.22. Copia auténtica de certificación del Registro Civil de Defunción del señor Carlos Arias, en el que se indica que falleció el 19 de julio de 1970 (Fl.94).

2.23. Copia auténtica de publicación efectuada por la UGPP en el periódico El Tiempo, por la cual se informó del fallecimiento del señor Carlos Arias ocurrido el 19 de julio de 1970 (Fl. 95).

2.24. Copia auténtica de constancia expedida por la Alcaldía Municipal de Yondo (Antioquia), en la que indica que el señor Carlos Arias y la señora Bertilda Guerrero contrajeron matrimonio católico el 12 de mayo de 1951 (Fl.96).

2.25. Original de Oficio No. 201341035581 del 1º de agosto de 2017, por medio del cual el Coordinador del Grupo de Administración de Personal en atención a un requerimiento de esta instancia judicial manifestó que el señor Carlos Enrique Arias Pereira prestó sus servicios en el Instituto Nacional de Fomento Municipal – INSFOPAL, junto con un anexo (Fl.121-123).

2.26. Original de constancia expedida por el Coordinador del Grupo de Entidades Liquidadas el 12 de octubre de 2017, por medio de la cual indicó que la última

unidad en la que el señor Arias prestó sus servicios fue en la ciudad de Bogotá D.C. (Fl.138).

2.27. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del señor Carlos Enrique Arias Pereira obrante a folio 180 del plenario.

- INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaración rendida el 11 de septiembre de 2018, por la señora Bertilda Guerrero de Arias (Fl. 239), la cual se encuentra en medio magnético a folio 240 del expediente.

### **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación la normatividad que contempla el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicable al asunto de la referencia.

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

El Gobierno Nacional expidió la Ley 6 de 1945, mediante la cual dispuso el régimen pensional para los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, haciéndose extensiva a los empleados territoriales, en la cual se fijó como edad pensional 50 años.

Con posterioridad, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3135 de 1968 – reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, a través del cual se definieron las prestaciones sociales que le corresponden a cada uno de los servidores del Estado, además de clasificarlos de manera concreta.

Así las cosas, en los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, se dispuso:

*“ARTÍCULO 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción*

*señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.*<sup>1</sup>

*“ARTÍCULO 39. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.”*<sup>2</sup>

En ese sentido, se evidencia que la referida norma contempló el reconocimiento de la sustitución pensional a los beneficiarios que acreditaran los requisitos allí establecidos.

A través del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, se consagró el derecho a la sustitución pensional para empleados que fallezcan con derecho a la pensión sin que se haya efectuado el reconocimiento y o en goce de la pensión.

Seguidamente, se expidió la Ley 33 del 31 de diciembre de 1973 *“Por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas”*, en la cual se dispuso como requisito para consolidar el derecho a la sustitución pensional de la viuda en forma vitalicia, que el empleado o trabajador del sector público, oficial o semioficial debía estar pensionado o tener derecho a la pensión de jubilación, invalidez o vejez al momento de su muerte.

Luego, el Congreso de la República promulgó la Ley 12 del 16 de enero de 1975 *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación”*, en su artículo 1º dispuso que *“El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.”*

Por lo tanto, la referida norma exigió el cumplimiento del tiempo de servicio por parte del trabajador o empleado, con el fin de sustituir la pensión a quienes acrediten ser beneficiarios de la misma.

<sup>1</sup> Modificado por el artículo 19 del Decreto 434 de 1971 y artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

<sup>2</sup> Modificado por el artículo 20 Decreto 434 de 1971, Artículo 47 Decreto Nacional 1045 de 1978 y artículo 46 y ss. de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, se dictó la Ley 33 de 1985, vigente a partir del 13 de febrero de 1985, que consagró la normatividad general u ordinaria que unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, no obstante, la misma no consagró la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, se expidió la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios.

Al respecto el artículo 21 de la citada ley, dispone:

*"ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **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, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo." (Negrilla fuera de texto).*

La referida ley en su artículo 46 consagró los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

*"ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*

A su vez, el artículo 47 ibídem, señaló los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

ARTICULO. 47.- Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible<sup>3</sup>> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;  
(...)"

Conforme a la preceptiva transcrita, la legitimación para sustituir la pensión radica tanto en la cónyuge supérstite, como en la compañera permanente siempre y cuando haya convivido con el causante no menos de 5 años anteriores a su fallecimiento.

Ahora bien, ha sostenido nuestra jurisprudencia constitucional y administrativa que "(...) el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto a su

3 - Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'. Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

cónyuge o a su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho (...)"<sup>4</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-431 de 2011<sup>5</sup>, fue clara en señalar:

*"(...) La Corte en sentencia T-660 del 11 de noviembre 1998, se pronunció al respecto de la siguiente manera:*

*"En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, - vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. **En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera-, en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia."** [34]*

*En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.*

*(...)" (Negrillas fuera de texto).*

#### - CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Bertilda Guerrero de Arias, en escrito de demanda a través de apoderado judicial, solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 5240 del 18 de julio de 1980, que negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes; Resolución No

<sup>4</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-2.908.702, Accionante: Abicina LLanes Benitez, Accionado: Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- administrado por el Patrimonio Autónomo BUENFUTURO.

<sup>5</sup> Ibídem.

2523 del 18 de agosto de 1981, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación; Resolución 27037 del 6 de junio de 2006, a través de la cual se negó la sustitución pensional y del acto ficto que surgió por la falta de respuesta a la petición radicada el 3 de agosto de 2012, mediante el cual solicitó el reconocimiento de una sustitución pensional.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.).

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en la contestación de la demanda y en el escrito de alegatos de conclusión solicitó desestimar las pretensiones del asunto de la referencia, en consideración a que el señor Carlos Enrique Arias Pereira para la fecha de su fallecimiento no cumplió con la edad como requisito legal para proceder al reconocimiento pensional.

En este sentido, corresponde al Despacho establecer si es dable aplicar a la situación de la señora Bertilda Guerrero de Arias, en calidad de cónyuge supérstite del señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.), alguno de los supuestos señalados en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, que permitan determinar si se encuentra legitimada para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

En ese sentido, de las documentales obrantes en el expediente se encuentra demostrado que el señor Carlos Enrique Arias Pereira (Q.E.P.D.):

- i. Prestó sus servicios en el cargo de Electricista I-A en el Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Empresa Colombiana de Petróleos desde el 17 de septiembre de 1947 hasta el 11 de marzo de 1962 (Fl.11).
- ii. Prestó sus servicios en el cargo de Inspector Electricista del Instituto Nacional de Fomento Municipal desde el 2 de abril de 1962 hasta el 18 de julio de 1970 (Fl.10).

- iii. Falleció el día 19 de julio de 1970, a la edad de 43 años de conformidad a la certificación expedida por el Notario 8º del Circuito de Bogotá D.C. (Fl.94).

En lo atinente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecida en la Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado -Sección Segunda, con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, en providencia del 25 de abril de 2013, expediente número: 76001-23-31-000-2007-01611-01(1605-09), discurrió:

*(...)*

*Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, **lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.***

*La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.*

*En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior<sup>(...)</sup>, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.  
(...)”. Negrillas fuera del texto original.*

Posición reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suarez Vargas, en providencia del 26 de julio de 2018, expediente número: 68001-23-33-000-2013-00427-01(2171-14), al señalar:

*(...)*

*La jurisprudencia de esta Corporación, ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando este resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; **no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.***

*Comoquiera que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado o del empleado con derecho a pensión, en el caso analizado la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con*

*ocasión del fallecimiento del señor Héctor Manuel Ríos Sandoval está gobernada por las normas vigentes el 31 de marzo de 1992, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.*

*La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la parte actora, entró en vigencia el 1 de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151. **Es decir, que al momento del fallecimiento del causante no estaba en vigencia, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.***

***En efecto, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Ríos Sandoval se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende.***

*En estas condiciones, **la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior.***  
(...)” Negrillas fuera del texto original.

Del precedente jurisprudencial, se extrae que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de la prestación se hace con base en la ley vigente para el momento en que falleció el causante y no una posterior, por ende, para estas situaciones no es dable aplicar el principio de favorabilidad y retroactividad de la ley.

Descendiendo al asunto de la referencia, se encuentra demostrado que el señor Carlos Enrique Arias Pereira falleció el 19 de julio de 1970, por ende, el presunto derecho que reclama la señora Bertilda Guerrero de Arias se encuentra regido por las normas vigentes para esa fecha, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes se causa al momento del deceso del pensionado o del empleado con derecho a la pensión.

Por lo anterior, no es posible aplicar a la situación de la actora una norma que no había nacido a la vida jurídica como lo es la Ley 100 de 1993, la cual en virtud de su artículo 151 dispuso que el régimen general de pensiones entró en vigencia para los empleados del orden nacional a partir del 1º de abril de 1994 y para los empleados del orden departamental, distrital o municipal desde el 30 de junio de 1995.

Respecto a la aplicación del régimen general de pensiones, el Consejo de Estado<sup>6</sup>, precisó:

<sup>6</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suarez Vargas, en providencia del 26 de julio de 2018, expediente número: 68001-23-33-000-2013-00427-01(2171-14)

"(...)

*La ley sustancial, por norma general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1 de abril de 1994.<sup>7</sup>*

(...)"

En ese sentido, la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo indicó que la aplicación retroactiva de un ley sustancial es excepcional y que así debe contemplarse en la misma, prerrogativa que no se aplica con la Ley 100 de 1993, debido a que ésta consagró de manera clara los efectos de su aplicación a partir de su promulgación, por ende, se encuentran excluidas las situaciones presuntamente consolidadas con anterioridad a su vigencia.

Bajo las anteriores consideraciones, no le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en los términos de los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que dicho reconocimiento se consolida conforme a la norma que se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, al 19 de julio de 1970, por tanto no es posible aplicar la norma deprecada.

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.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de abril de 2013. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

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:** 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.

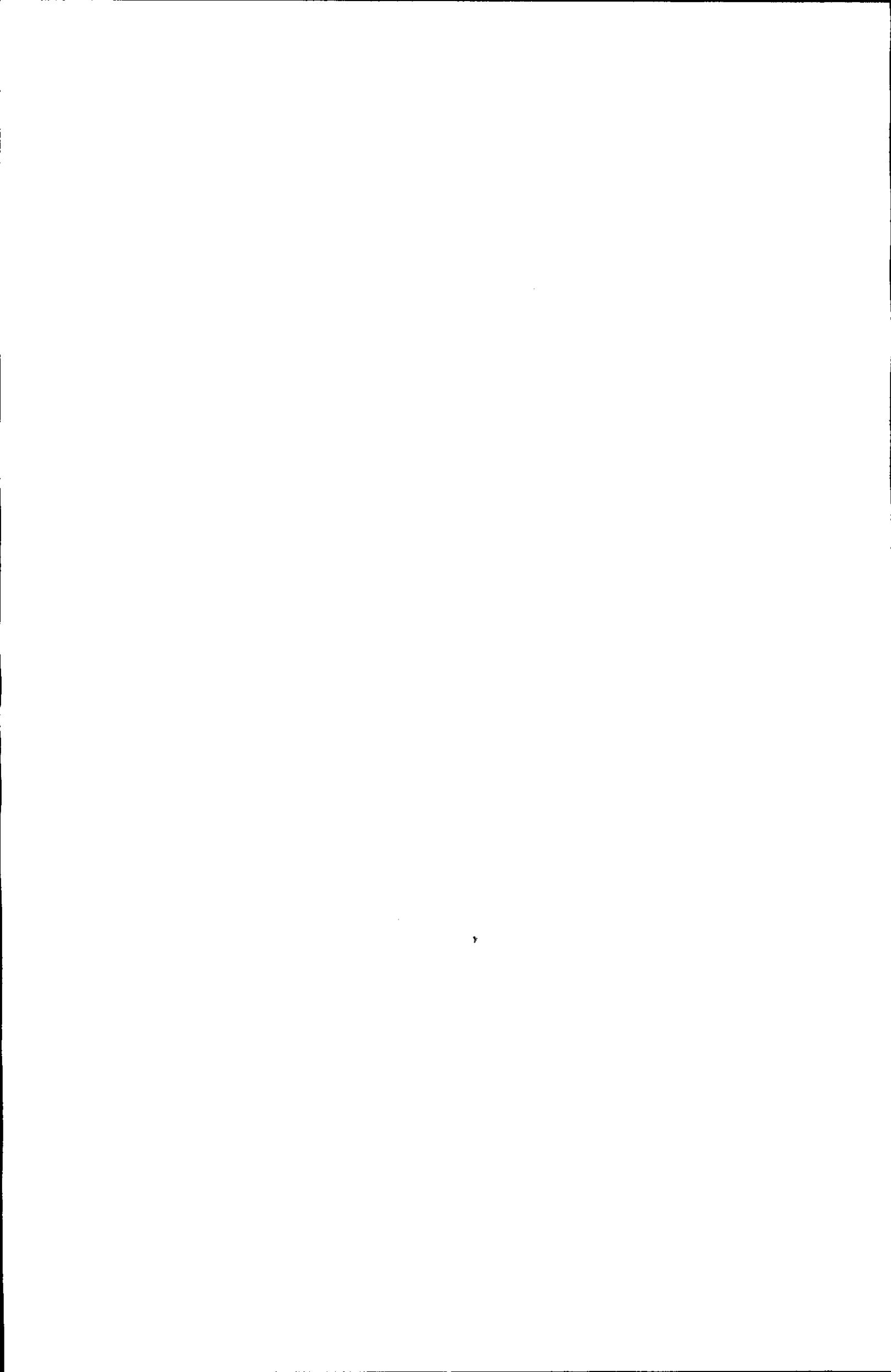
**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA**  
Juez

C.A.

<p><b>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</b></p> <p>Hoy veintisiete (27) de febrero de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>011</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------





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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Proceso:** 110013342-052-2018-00041-00  
**Demandante:** GLADYS BOHORQUEZ PINTO  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**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 interpuesto por la señora Gladys Bohórquez Pinto en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**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 Gladys Bohórquez Pinto, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3703 del 4 de junio de 2014, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

El pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado continúe hacia futuro.

Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo, tomando como base el IPC.

Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas.

Que de las sumas que resulten a favor del demandante se descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.14):

La demandante trabajó por más de 20 años al servicio de la docencia cumpliendo con los requisitos para el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por la accionada.

La base de liquidación pensional de la actora no tuvo en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales percibidos en actividad docente en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionada.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Señaló la apoderada de la parte actora que la señora Gladys Bohórquez Pinto tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el último año anterior a la adquisición del status pensional.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se abstuvo de presentar contestación de la demanda.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 18 de enero de 2019 (fl.78) se corrió traslado a las partes procesales para que alegaran de conclusión.

La parte actora a través de memorial radicado el 31 de enero de 2019 (fls.80 a 84) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos expuestos en la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones.

Pidió que no se tenga en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado respecto al cambio de criterio del IBL que conforma las pensiones del régimen de transición por pertenecer la accionante a un régimen distinto al estudiado en ese asunto.

La entidad accionada guardó silencio.

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 el 12 de septiembre de 2018 (Fls. 51 a 54), 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 accionante a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, de conformidad con la Ley 33 de 1985?

## **2. ACERVO PROBATORIO.**

2.1. Copia auténtica de la Resolución No. 3703 del 4 de junio de 2014, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Gladys Bohórquez Pinto; con constancia de notificación (Fls. 4 a 7).

2.2. Copia simple del certificado de salarios devengados por la actora por los años 2012 a 2016 (Fls.8 a 12).

2.3. Documento denominado “*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*”, en el que se indican los factores salariales devengados por la accionante (Fls.62 y 70).

2.4. Documento denominado “*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL*” (Fls.63 a 64, y 71 a 72).

## **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación.

### **- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE**

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 “*por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*”, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

*"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.*

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"<sup>1</sup>.*

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

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

*Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).*

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

*"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".*

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

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

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

*(...)*

*Parágrafo 1o. (...)*

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

*(...)"*

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

**"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" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

**"ARTÍCULO 1o.** Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

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

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de

*Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989<sup>2</sup>. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**"<sup>3</sup>*

En torno a la aplicación de la mencionada providencia, atendiendo a lo esgrimido por el extremo actor en las alegaciones finales y el escrito que obra a folios 36 a 49, advierte el Despacho que, contrario a lo reseñado por dicha parte procesal, las sentencias que tienen el carácter de Unificación jurisprudencial, si son de aplicación inmediata y además de obligatorio cumplimiento y observancia, y por tanto son vinculantes para los operadores judiciales y administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional<sup>4</sup>, en concordancia con el artículo 10 del CPACA que al tenor establece:

*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." (Subrayas fuera de texto)*

Acorde con lo anterior, se reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la sentencia de unificación antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Adicionalmente en cuanto a las sentencias de tutela proferidas el 27 de septiembre y el 25 de octubre de 2018, por la Consejera ROCÍO ARAUJO OÑATE, se advierte que las sentencias proferidas dentro de las acciones constitucionales de tutela, solamente surten efecto interpartes y en todo caso, el asunto que allí se sometió a estudio cuenta con fundamentos fácticos diferentes, pues las decisiones atacadas se adoptaron antes de la sentencia del 28 de agosto de la misma anualidad, en consecuencia la ratio decidendi de tal providencia, no es aplicable al caso bajo estudio.

<sup>2</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

<sup>3</sup> Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

<sup>4</sup> ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

### **-DE LOS FACTORES SALARIALES**

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

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

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

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto).”*

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

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

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos salariales devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

La sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

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

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

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

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

*103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta*

*la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.” (Subrayas fuera de texto)*

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

Para la aplicación de la norma en cita, igualmente resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como “*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*”

Así las cosas, como quiera que el mencionado criterio de interpretación es eminentemente constitucional, considera el Despacho que resulta aplicable a todas las decisiones relacionadas con la determinación de factores salariales que deben ser incluidos en la determinación del IBL pensional, en consecuencia, para ello se tendrán en cuenta, conforme a la subregla en cita, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones en el último salario devengado.

Tal postura fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, mediante sentencia del Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

Sumado a lo enunciado en precedencia, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual respecto a la importancia jurídica o necesidad de sentar jurisprudencia frente a los asuntos pendientes de fallo, dispone:

**“ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA.** *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que*

*ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*

*En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.*

*Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.*

*Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.*

*La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."*

## **CASO CONCRETO.**

En el asunto de la referencia la señora Gladys Bohórquez Pinto, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad parcial de la Resolución No. 3703 del 4 de junio de 2014, mediante la cual la entidad accionada, le reconoció la pensión de jubilación que disfruta, en lo atinente a la determinación de la cuantía, por cuanto en la misma no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados y efectivamente acreditados, en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, luego es menester resolver si la actora tiene derecho a dicho reajuste.

Al respecto, se encuentra probado que la accionante adquirió el estatus pensional el 1º de octubre de 2013 (fls. 4 y 6), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional como lo admitió la entidad demandada, se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 3703 del 4 de junio de 2014, la Secretaría de Educación del Distrito en representación de FONPREMAG reconoció a la señora Gladys Bohórquez Pinto, pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% de los factores asignación básica y la prima de vacaciones (fl.4).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte que en tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año anterior a la adquisición del estatus.

En efecto, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que conforme a lo anotado en precedencia, es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Así las cosas, acorde con el acto acusado, se tiene que la demandante adquirió su status pensional el 1º de octubre de 2013, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, con base en los relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" visible a folio 70, según el cual, la accionante percibió: sueldo y primas: especial, de vacaciones y de navidad, sin embargo solo cotizó para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Verificada la Resolución No. 3703 del 4 de junio de 2014 (fls. 4 a 6), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones, lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, consagrado en la Ley 33 de 1985 y 62 de la misma anualidad conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ahora bien, respecto a lo indicado por el mandatario de la parte actora en los alegatos de conclusión sobre la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 citada a lo largo de esta providencia, el Juzgado reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la providencia antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Aunado a lo anterior, se resalta lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 18 de octubre de 2018, el cual basado en el pronunciamiento arriba enunciado indicó que deben reconocerse los factores únicamente sobre los que se ha efectuado cotización y están relacionados en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 del mismo año. En efecto señaló:

*“Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.*

*En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica.*

*En consecuencia, la sentencia del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda deberá revocarse y, en su lugar, se denegarán”.<sup>5</sup>*

En ese orden de ideas, al ser plenamente aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena y al no encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, el Juzgado negará 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

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

evidenció que la parte demandante 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 este fallo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA**  
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veintisiete (27) de febrero de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. </p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------





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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Proceso: 110013342-052-2018-00044-00**  
**Demandante: CARLOS ALBERTO MARTINEZ SEGURA**  
**Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – UNP**  
**Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia  
de primera instancia – Nivelación salarial**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Carlos Alberto Martínez Segura en contra de la Unidad Nacional de Protección – UNP.

**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 señor Carlos Alberto Martínez Segura, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del Oficio No. OFI17-00036995 del 9 de agosto de 2017, mediante el cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de la nivelación salarial solicitada.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Nacional de Protección – UNP, a:

Reconocer la nivelación salarial y prestacional al actor con el cargo de Agente de Protección, Código 4071, Grado 23 y/o Grado 20, ambos del nivel asistencial, desde el momento del ingreso a la institución y hacia al futuro.

Condenar a la accionada al reajuste de los aportes al sistema de pensiones teniendo en cuenta como base de liquidación el salario nivelado.

Condenar a la entidad demandada al pago de las costas y a dar cumplimiento a la sentencia según los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls.20 a 22):

1. El demandante trabaja para la entidad accionada en el cargo de Agente de Protección, Código 4071, Grado 16 desde el 3 de enero de 2005 en el cual percibió para el 2017 la suma de \$1.829.086 pesos mensualmente.
2. El actor prestó sus servicios en el extinto DAS y como consecuencia de la supresión fue reincorporado a la UNP bajo la equivalencia señalada por el Decreto 4076 de 2011.
3. La entidad accionada cumple labores de protección con el fin de preservar la vida, integridad, libertad y seguridad de los protegidos a través de la planta de personal.
4. Dentro de la planta de personal de la demandada existen Agentes de Protección pertenecientes al nivel asistencial en los Grados 23, 20 y 16, quienes dentro del desarrollo de su labor cumplen las mismas funciones, portan armas de dotación, elementos de comunicación, distintivos institucionales, conducen vehículos de la misma categoría, realizan las gestiones administrativas similares y se encuentran expuestos a un gran peligro debido a las funciones que ejecutan.
5. La única diferencia entre los Agentes de Protección, Grado 16 con los Grados 20 y 23 radica exclusivamente en la asignación salarial básica mensual, siendo el más alto el 23 y el más bajo el 16.
6. Dentro del manual de Funciones de la UNP las funciones y responsabilidades de los Agentes de Protección Grados 16, 20 y 23 no tienen diferencias.
7. En virtud de lo anterior, el accionante en ejercicio del derecho de petición radico escrito ante la accionada el 9 de agosto de 2017 a través del cual

solicitó la nivelación salarial y prestacional conforme a los Agentes de Protección, Código 4071, Grados 20 y 23.

8. La anterior petición fue negada por la accionada a través del Oficio No. OFI17-00036995 del 9 de octubre de 2017.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 43 y 125 de la Constitución Política y artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Señaló el mandatario de la parte actora que conforme al principio igual salario a igual trabajo se le debe nivelar el salario y las prestaciones del actor conforme a los Agentes de Protección, Código 4071, Grados 20 y 23, esto teniendo en cuenta que cumplen las mismas funciones, horario y grado de peligro, lo que está demostrado en el manual de funciones, las competencias comportamentales comunes, conocimiento básicos y no subordinación.

Por lo anterior, concluyo que no es concebible que el trabajo desarrollado en igualdad de condiciones, con la exposición al riesgo, herramientas, nivel de preparación, cumplimiento de horarios y disponibilidad prestado por él y los empleados de la UNP pertenecientes al nivel asistencial en los cargos de Agentes de Protección, Código 4071, Grados 23 y 20 perciban un salario más alto que dicho sujeto procesal.

En efecto, negar esa nivelación, so pretexto de que no se encuentra expresamente establecida por la normatividad que la contempla, sin ninguna consideración adicional a la estricta aplicación literal de la normatividad, se originaría un enriquecimiento sin justa causa de la administración, porque pagaría un salario inferior al que realmente le correspondería al trabajador por las labores ejecutadas y estaría la administración incurriendo en una flagrante violación y contradicción a los principios laborales de una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y primacía de la realidad de las formalidades consagradas en el artículo 53 de la Constitución Política.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls.47 a 66).

El apoderado de la demandada se pronunció sobre los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el fundamento que dentro de la planta de personal de la UNP existen grados diferentes en el cargo de Agente de Protección con Código 4071 del nivel asistencial, que son 23, 20 y 16, los cuales, si bien cumplen la función misional de la Unidad, se diferencian por números de cargos, funciones esenciales, conocimientos básicos, competencias comportamentales y requisitos de estudio y experiencia, para lo cual procedió a efectuar una relación de funciones consagradas para cada uno de esos cargos en el manual de funciones.

Igualmente señaló que la reincorporación de los ex funcionarios del DAS a la UNP se adelantó conforme a las equivalencias consagradas en el Decreto 4067 de 2011, sin que sea dable a través de un fallo judicial variar dichas incorporaciones.

Por lo anterior formuló las siguientes excepciones:

- *Improcedencia de la pretensión de nivelación salarial:* Manifestó el apoderado de la accionada que la forma de ascender de empleo y por consiguiente de nivel salarial en la administración es a través del sistema de carrera, motivo por el cual no es factible que el actor a través de una demanda acceda a una nueva asignación salarial sin superar las etapas normal de un concurso de méritos.
- *Falta de competencia de la jurisdicción contenciosa para modificar la planta de personal de la UNP:* Señaló el mandatario que la competencia de crear la panta de personal se encuentra en cabeza del Congreso de la República en virtud del artículo 150 de la Constitución Política, motivo por el cual el juez administrativo se encuentra imposibilitado para variar la planta de personal de la accionada.
- *Legalidad del oficio sujeto del medio de control:* Indicó el apoderado que el acto acusado fue expedido conforme al ordenamiento jurídico.
- *Criterios objetivos de diferenciación de los grados:* El mandatario manifestó que conforme a las funciones y los requisitos de experiencia y estudios exigidos para cada uno de los empleos de Agentes de Protección en los diferentes grados la diferencia salarial obedece a criterios objetivos.
- *No vulneración del derecho a la igualdad "principio trabajo igual salario igual":* El mandatario señaló que para la configuración de ese principio se deben acreditar

que el interesado ejecuta la misma labor, tiene la misma categoría, cuenta con la misma preparación, coinciden en el horario y las responsabilidades son iguales respecto al cargo cuya nivelación solicita. En el asunto, afirmó el actor no cumple con esos requisitos por cuanto las funciones entre los agentes de protección varían entre sí.

- *Prescripción:* Respecto a las acciones conforme lo consagra el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y 3135 de 1969.
- *Existencia de vínculo legal y reglamentario con el Estado Colombiano:* Señaló el sujeto pasivo que el actor ocupa un empleo público en provisionalidad por lo cual todas las normas de derecho público le son aplicables.
- *Enriquecimiento sin justa causa e injustificado del actor:* Al pretender el demandante que se autorice el pago de un dinero que la Ley no contempla.
- *Buena fe y legalidad de la respuesta acusada:* Bajo la idea que la accionada se ha limitado aplicar la Ley vigente.
- *Imposibilidad de la condena en costas y genérica o innominada.*

Respecto a la excepción de inepta demanda presentada por la demandada, la misma fue resuelta en la etapa de excepciones de la audiencia inicial del asunto.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 16 de noviembre de 2018 (Fl.133), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para arribaran los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 29 de noviembre de 2018 (fl.135), en el cual se ratificó en lo expuesto en la demanda.

El apoderado de la entidad acciona guardó silencio.

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. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Respecto de las denominadas: “Improcedencia de la pretensión de nivelación salarial”, “Falta de competencia de la Jurisdicción Contenciosa para modificar la planta de personal de la UNP”, “Legalidad del oficio sujeto del medio de control”, “Criterios objetivos de diferenciación de los grados”, “No vulneración del derecho a la igualdad – principio trabajo igual salario igual”, “Prescripción”, “Existencia de vínculo legal y reglamentario con el Estado Colombiano”, “Enriquecimiento sin causa e injustificado del actor”, “Buena Fe y legalidad de la respuesta acusada”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Genérica o Innominada”, Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituyen 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.

Respecto a la excepción de prescripción, está será decidida en el evento en que prosperen las pretensiones de la demanda.

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 26 de septiembre de 2018 (fls.79 a 83), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- ¿Le asiste derecho a la actora a la nivelación salarial y prestacional en relación a los cargos de agente de protección, código 4071, grados 23 o 20, según las funciones prestadas a la entidad accionada en aplicación del “principio de igual trabajo, salario igual?”

### 3. ACERVO PROBATORIO.

#### - PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia del escrito de petición radicado por el demandante el 9 de agosto de 2017 ante la accionada en el cual solicitó la nivelación salarial y prestacional conforme a los Agentes de Protección, Código 4071, Grados 23 o 20 (Fls.3 a 5).

3.2. Oficio No. OFI17-00036995 del 9 de octubre de 2017 a través del cual la entidad accionada respondió negativamente la anterior petición (Fls.6 a 13).

3.3. Certificado expedido por la demandada el 13 de septiembre de 2017 en la cual se señaló lo devengado por el demandante durante los años 2012 a 2017 (Fls.14 y 17 a 18).

3.4. Certificado del Subdirector de Talento Humano de la accionada en el cual se informó el valor de cesantías consignado al actor por los años 2012 a 2016 (Fls.15 a 16).

3.5. OFI18-00043415 del 2 de octubre de 2018 expedido por la accionada mediante el cual rindió informe respecto a la prueba decretada en la audiencia inicial del asunto (Fls.103 a 109).

3.6. Resolución No. 0047 del 16 de enero de 2017 *“por la cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Unidad Nacional de Protección – UNP y se dictan otras disposiciones”* (Fls.110 a 113).

3.7. Resolución No. 4057 del 31 de octubre de 2011 *“Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”* (Fls.114 a 120).

3.8. Decreto 4067 del 31 de octubre de 2011 *“Por el cual se establecen equivalencias de empleos y se dictan otras disposiciones en materia salarial y prestacional”* (Fls.121 a 122).

3.9. Antecedentes Administrativos del demandante obrantes en el CD visible a folio 123 del plenario (Fl.123).

- PRUEBA TESTIMONIAL:

Declaraciones rendidas por los señores José Hernán Dávila Medina, Héctor Mario Castro Ríos, Marlon Fandiño Cantillo y Yesid Barragán Ríos visibles en los CDs obrantes a folios 87 y 102 del expediente.

### MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

#### **Empleo Público, criterio para determinar la remuneración.**

La Constitución de 1991 en el Capítulo II, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”*

*“Art. 125 .- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”.*

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstos 5 clases de empleos públicos a saber: a) los empleados públicos de carrera administrativa: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral, c) los servidores vinculados por elección popular, d) los empleados de libre nombramiento y remoción y e) la categoría residual que depende de la denominación que le de la Constitución y la Ley.

A su vez se advierte, que todo empleo público debe tener las funciones detalladas en la Ley y/o reglamento y que para el pago de los servicios deberá existir una planta de personal cuya remuneración dependerá de esas funciones asignadas y de la previsión en el presupuesto de la Nación.

La Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público,*

la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” en el artículo 19 definió empleo público de la siguiente manera:

*“Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

*2. El diseño de cada empleo debe contener:*

*a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

*b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.”*

Así, conforme lo expuesto para el establecimiento de un empleo público, se tienen en cuenta los siguientes elementos: (i) Clasificación, (ii) Nomenclatura, (iii) Funciones, (iv) Perfil de competencias, (v) Remuneración, (vi) Pertenencia a una planta de personal y; (vii) Finalidad.

Por clasificación se conoce los diferentes clases de empleados públicos conforme lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política y lo expuesto en la Ley 909 de 2004 según la cual los empleos se clasifican de forma jerárquica en niveles directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial.

La nomenclatura es el conjunto de vocablos y dígitos utilizado para identificar un empleo. Las funciones son las actividades asignadas a un empleo público para que sean ejercidas por su titular conforme al manual de funciones consagradas en el reglamento y en algunos casos los dictados directamente por la Constitución.

El perfil de competencias de conformidad con el Decreto 1785 de 2014 compilado en el Decreto 1083 de 2015 son los requisitos de experiencia y educación que son exigidas para ocupar el cargo. Por remuneración, se entiende el valor de la asignación básica y demás emolumentos que se reconoce al servidor público con base en las funciones asignadas y la obligación de pertenecer al empleo en una planta personal es una exigencia consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

Respecto a los dos últimos elementos resulta necesario tener en cuenta el artículo 189 numeral 14° de la Constitución Política que le permite al Gobierno Nacional crear, fusionar o suprimir empleos al igual que señalar las funciones especiales, dotaciones y emolumentos para los mismos y los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 4ª de 1992 que establece que el Gobierno fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico de acuerdo con las funciones y competencias asignadas según al nivel del empleo y sus funciones.

Sobre el asunto bajo estudio, es decir, la remuneración de los empleados al servicio del Estado, El Consejo de Estado ha señalado que es necesario demostrar la concurrencia de los presupuestos: existencia del empleo público dentro de la planta de personal, el acto administrativo de nombramiento, el acta de posesión y el salario. Así se expresó:

*“...El ejercicio de la función Pública y en general el desempeño de un cargo público, constituye una actividad reglada desde la perspectiva constitucional y legal, que distingue con suma claridad los siguientes presupuestos: la existencia del empleo en la planta de personal, el acto administrativo de nombramiento y posesión, la legalidad en la asignación de funciones y el derecho a la remuneración prevista en el respectivo presupuesto. Además, la asignación salarial de los empleos público se determina no solo por la denominación del cargo y el código, sino que se encuentra sujeta a los requisitos de conocimiento y experiencia, así como las funciones y responsabilidades asignadas al empleo; por lo tanto, los empleados públicos solo podrán percibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario contemplados en la ley”<sup>1</sup>.*

En ese orden de ideas, se tiene que el ejercicio de un empleo público, su remuneración, denominación, clasificación, grado, funciones, responsabilidades, perfil de competencias y pertenencia a una planta de personal son elementos reglados y de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Providencia del 13 de febrero de 2014. Expediente: 05001-23-31-000-2006-02895-01.

## **Principio de igual trabajo, salario igual**

El artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad real y efectiva, esto es que esa igualdad no debe medirse bajo conceptos numéricos sino que la misma deberá atender a los acontecimientos fácticos.

Basado en esa igualdad real y efectiva, el Constituyente en el artículo 53, elevó como principio fundamental del derecho al trabajo la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, que hace referencia que toda persona merece recibir la remuneración justa y acorde con las labores desempeñadas sin atender criterios sospechosos y/o discriminatorios.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-510 de 1995 señaló:

*"La Corte Constitucional ha puntualizado que una cosa es la discriminación y otra el trato diferente que, por hallarse justificado objetiva y razonablemente, es permitido, sin que se advierta en ello violación del derecho a la igualdad. La misma Constitución señala que la remuneración "es proporcional a la cantidad y calidad del trabajo", de donde surge la posibilidad de otorgar una mayor retribución al operario que produce más y mejor, empero, como lo ha enfatizado la Corporación, no basta la simple afirmación patronal de que unos trabajadores son más eficaces que otros ya que es al empleador a quien corresponde probar que el trato diferente que dispensa se halla objetiva y razonablemente justificado y que, por ende, no constituye discriminación"*

El principio aquí estudiado, fue consagrado igualmente en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo en el que se consagró que a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos sus elementos. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Así las cosas, la diferenciación del salario debe obedecer a criterios objetivos justificados en la calidad, experiencia y estudios de la persona que ocupa un determinado empleo respecto a otra.

Al respecto, el Convenio 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación ratificado por Colombia en la Ley 22 de 1967 en el artículo 1º numeral 2º señaló: *“Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.”*, por lo cual, toda diferenciación en la remuneración que se efectúe respecto de un empleado a otro serán objetivas cuando para el ejercicio del cargo se exijan requisitos diferenciadores respecto a la calidad profesional de la persona. En tratándose de diferenciaciones objetivas para el pago de la remuneración de los empleados públicos, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B en providencia del 19 de julio de 2018, Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés dentro del radicado No. 05001-23-31-000-2010-02233-01(4879-14), advirtió:

*“Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño<sup>2</sup>; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos<sup>3</sup>; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos.<sup>4</sup>”*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la valoración del principio de igual trabajo - Igual salario, es un juicio de igualdad, conforme la Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>5</sup> le asiste la carga de la prueba al interesado en demostrar que: (i) las funciones desempeñadas son iguales al empleo al cual pretende la nivelación, para ello deberá probar que: ejecuta la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y que (v) las responsabilidades son iguales al cargo objeto de reclamo y que no se encuentra en una de las causales objetivas de diferenciación salarial admisibles referidas.

Así lo señaló la Corporación anotada bajo los siguientes términos:

***“Ahora bien, de tiempo atrás la jurisprudencia ha señalado que el empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial, debe acreditar que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del***

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1075/00.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencias T-1098/00 y T-545A/07.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia T-105/02.

<sup>5</sup> Ver: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Providencia del 20 de septiembre de 2018. Expediente: 05001-23-33-000-2014-00351-01(4327-16) y Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Providencia del 29 de octubre de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00383-02(2239-16).

**empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos, es posible aplicar el principio denominado «a trabajo igual, salario igual» previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.**

*Respecto a la aplicación de este precepto, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:*

*En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales (...)*

*7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales [...]<sup>6</sup>.*

*La Sección Segunda por su parte ha señalado en casos similares al aquí tratado lo siguiente<sup>7</sup>:*

*“En este orden de ideas, para obtener el reconocimiento del salario de Médico Especialista Grado 40, le correspondía al demandante acreditar fehacientemente que ejecutaba la misma labor, tenía la misma categoría, contaba con la misma preparación y tenía las mismas responsabilidades de un empleado vinculado a dicho cargo, lo cual no aparece acreditado dentro del proceso (...)*

*Recalca la Sala que las exigencias para ocupar ambos cargos varían en cuanto a la experiencia profesional requerida, siendo que es la misma norma la que trae una distinción particular dentro de estos perfiles, siendo esta razón más que suficiente para justificar un trato desigual en las asignaciones salariales para uno y otro, puesto que no se trata de dos cargos que están en igualdad de características, puesto que uno tiene exigencias más gravosas que el otro, por lo tanto, la escala salarial de uno no será igual al de otro [...]*».

**Conforme a lo expuesto, debe concluirse que quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que exista dentro de la planta de personal que se remunera con mayor salario, debe acreditar que cumplía las mismas**

<sup>6</sup> Sentencias T-027 de 1997, SU-111 de 1997 y T-272 de 1997 Corte Constitucional. Esta corporación también señaló al respecto en la sentencia del 19 de julio de 2007 radicado 454 A-2007 con ponencia del doctor Humberto Sierra Porto lo siguiente: «[...] Al respecto, se ha afirmado que “en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo” Sentencia SU-519 de 1997[...]» (Subraya y negrilla de la Sala).

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C. 13 de febrero de 2014. Radicación 05001-23-31-000-2006-02895-01(0042-12). Actor: Efraín Alberto Cruz Cena. Demandado: Instituto De Seguros Sociales. Ver también la siguiente sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013). Expediente: 050012331000200303588 01. Número Interno: 2343-2012. Autoridades departamentales. Actor: Luis Enrique Henao Tobón.

***funciones que este y que contaba con la misma preparación, además de demostrar los requisitos que exige el empleo respecto del cual se deprecia la compensación.” (Negrillas del Despacho)***

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la fijación del salario de los empleados públicos es una facultad reglada y que responde a la apropiación correspondiente en el presupuesto de la Nación, le asiste la carga de la prueba al interesado en la nivelación en demostrar que ejecutaba las mismas labores, bajo el mismo horario, en igual nivel jerárquico y que cumplía totalmente los requisitos del cargo al cual pretende la nivelación.

### **CASO CONCRETO**

El demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita se declare la nulidad del acto administrativo acusado en el cual se negó la nivelación salarial conforme a los Agentes de Protección, Código 4071, Grados 23 o 20 de la planta global de la Unidad Nacional de Protección por considerar que ha venido ejecutando las mismas labores que las personas que ocupan esos empleos en su calidad de servidor público posesionado en el cargo de Agente de Protección, Código 4071, Grado 16.

Así las cosas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda y el cargo que ocupa el demandante como Agente de Protección, Código 4071, Grado 16 (fl.14), de la accionada, el Juzgado analizara si le asiste derecho a la nivelación salarial solicitada en el empleo con la misma denominación pero Grados 23 y 20.

En efecto, conforme se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia para demostrar la nivelación salarial la parte interesada debe probar que: (i) ejecuta la misma labor del cargo que pretende la nivelación, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y que (v) las responsabilidades son iguales al cargo objeto de reclamo.

A su vez se resaltó que el demandante deberá demostrar que en el evento en los que se encuentre en una de las justificaciones de diferenciación salarial aceptables en la administración (la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño, diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas y la distinta

clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales) porque no le son aplicables.

Así, a folios 110 a 113 del plenario obra el manual de funciones de los Agentes de Protección, Código 4071, Grados 16, 20 y 23, de los cuales se colige que:

- Todos los agentes de protección se encuentran en el nivel asistencial, por lo cual, no existe un nivel de subordinación o dependencia entre ellos en sus diferentes grados.
- De la lectura del propósito principal de los empleos objeto de estudio, se lee que el agente de protección, Código 4071, Grado 23 tiene a su cargo la realización de actividades operativas de protección, valoración y evaluación del riesgo tendientes a salvaguardar la vida del protegido, mientras los cargos 20 y 16 tienen la función de apoyar esa labor.
- Entre la descripción de las funciones esenciales de los grados 16, 20 y 23 de los agentes de protección, todos tienen que conducir vehículos, ejecutar las medidas de protección y portar armas de dotación.
- El agente de protección, grado 23 tiene como una de sus funciones realizar consultas y análisis respectivos para dar respuesta a las peticiones, quejas y solicitudes a fines con sus funciones, mientras los grados 16 y 20 deben aportar información respecto a esos requerimientos.
- Como conocimientos básicos se exigen que todos conduzcan vehículos, manejen armas y tengan técnicas de protección, al agente de protección, grado 16, además, debe contar con el conocimiento de seguridad de instalaciones.
- Entre las competencias comportamentales no existe diferencia entre los 3 grados de agentes de protección.
- Los requisitos de estudio y experiencia para los agentes de protección, código 4071, grado 23 son: la aprobación de dos (2) años de educación superior de pregrado y doce (12) meses de experiencia relacionada.

- Los requisitos de estudio y experiencia para los agentes de protección, código 4071, grado 20 son: Diploma bachiller y veinticinco (25) meses de experiencia relacionada.
- Los requisitos de estudio y experiencia para los agentes de protección, código 4071, grado 16 son: Diploma bachiller y cinco (5) meses de experiencia relacionada.

Conforme lo anterior, se tiene que: (i) entre los agentes de protección, Código 4071, Grado 23 y Grado 16, existen diferencias respecto a la elaboración de los planes de protección y análisis del riesgo, ya que el grado 23 realiza ello, mientras el 16 sólo se limita a apoyarlo, la recopilación de información y respuesta, toda vez que el grado 23 además de recopilar la información, deben analizar y proferir respuesta a las quejas o solicitudes elevadas mientras el grado 16 sólo cumple la primera función y frente a los requisitos de estudio y experiencia para ejercer el empleo y (ii) entre los agentes de protección, Código 4071 Grados 20 y 16 no existen diferencias sustanciales respecto a las funciones esenciales y específicas de los cargos, existiendo únicamente distinción entre los requisitos de estudio y experiencia de los empleos.

Ahora bien, por su parte, los testigos José Hernán Dávila Medina que ocupaba para el momento de rendir el testimonio el cargo de agente de protección, Código 4071, Grado 20, Marlon Fandiño Cantillo que ocupaba el empleo de agente de protección, Código 4071, Grado 23, Héctor Mario Castro Ríos que informó ocupaba el cargo de conductor mecánico, Grado 18 y el señor Yesid Barragán Ríos, oficial de protección, Grado 10 quienes no conocen ni tuvieron algún contacto con las labores del demandante al interior de la UNP.

Al respecto, se advierte que el Juzgado dentro de la audiencia inicial decreto como prueba de oficio los testimonios rendidos por los señores José Hernán Dávila Medina, Héctor Mario Castro Ríos y Marlon Fandiño Castillo a solicitud del demandante como pruebas trasladadas, estos sujetos procesales dentro de los testimonios, en ningún momento hicieron mención que conocían o efectuaron referencia alguna al demandante, incluso, los señores José Hernán Dávila Medina y Héctor Mario Castro Ríos señalaron que no conocían al accionante dentro del proceso al que fueron citados en la ciudad de Medellín (record 10 y 10 segundos

hasta el minuto 15 y 23 segundos y de la hora y treinta minutos hasta la hora y treinta y siete minutos de la grabación visible a folio 87). Respecto al señor Yesid Barragán Ríos deponente que fue interrogado por el Despacho en record 17:40 hasta el 20:16 de la grabación visible a folio 128 informó que no conocía al demandante.

No obstante lo expuesto, los deponentes informaron que no existe diferencia entre los agentes de protección en cada uno de sus grados ya que todos deben estar disponibles al mismo momento, son capacitados a la par, portan armas de dotación, conducen vehículos, realizan las operaciones de protección de forma conjunta sin subordinación.

Así las cosas, a pesar de las declaraciones de los deponentes respecto a la no diferencia entre los agentes de protección, el Juzgado resalta que el juicio de igualdad en el cual se solicita la aplicación del principio de igual salario a igual trabajo, tiene que ser respecto a la realidad de la persona que realiza unas labores que conforme a ellas debe devengar un salario por encima de la formalidad, es decir que las personas que sirven de testigos deben conocer el desarrollo fáctico de los acontecimientos para poder así demostrar que el interesado ejecuta labores que deben ser remuneradas de distinta forma. Al respecto el Consejo de Estado en providencia del 16 de junio de 2018 señaló:

*"(...) la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral.*

*Con todo, la protección de ese principio constitucional depende de las circunstancias que se acrediten en cada caso particular, en donde los elementos probatorios, permitan advertir el desconocimiento del derecho a la igualdad entre iguales." (Negrillas fuera de texto)<sup>8</sup>*

En efecto, teniendo en cuenta que los deponentes no tuvieron conocimiento directo de las labores que ejecuta el actor en su cargo para dar aplicación de la primacía

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B en providencia del 19 de julio de 2018, Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés dentro del radicado No. 05001-23-31-000-2010-02233-01(4879-14).

de la realidad de las formalidades, el Juzgado le otorga pleno valor probatorio a lo expuesto en el manual de funciones de la entidad<sup>9</sup>.

Lo anterior a que como se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, en el presente asunto al demandante le asistía la carga probatoria, motivo por el cual, al allegarse únicamente como pruebas relevantes, el Manual de funciones de la entidad, los testimonios y los antecedentes administrativos del actor (además de lo expuesto en el acto acusado y del Oficio No. OF118-00043415 del 2 de octubre de 2018) el Juzgado centra sus análisis respecto a esa documental, ello en aplicación del principio de la necesidad de la prueba y lo expuesto en los artículos 164 y 167 de la Ley 1564 de 2012.

En ese orden de ideas, respecto a las pretensiones de la demanda el Juzgado analizara si se cumplen los siguientes requisitos: (i) el actor ejecuta la misma labor del cargo que pretende la nivelación, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y que (v) las responsabilidades son iguales al empleo objeto de reclamo.

Así respecto a la nivelación salarial de agente de protección, código 4071, grado 23, se concluye que: (i) el accionante se encuentra ocupando un empleo bajo la misma categoría del empleo objeto de nivelación ya que ambos se encuentra en el nivel asistencial; (ii) el actor no cumple con los requisitos de estudio y experiencia del cargo a nivelar ya que revisado los antecedentes administrativos de dicho sujeto procesal (fl.123) no cuenta con la aprobación de dos (2) años de educación superior de pregrado, (iii) no demostró que cumple las labores bajo el mismo horario y (iv) las responsabilidades y funciones son distintas entre los agentes de protección grado 23 y 16, toda vez que el primero tiene la carga de realizar y diseñar los planes de protección, mientras el grado 16 sólo apoya esa labor; además que el grado 23 tiene a su cargo la recopilación y análisis de la información para contestar las peticiones y quejas formuladas, mientras el grado 16 se limita a aportar información.

Sobre la nivelación salarial de agente de protección, código 4071, grado 20, se concluye que: (i) los agentes de protección grado 16 cumplen la misma labor que el

---

<sup>9</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del 2 de septiembre de 2018, Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández dentro del radicado No. 47001233300020150021101 (24902017).

grado 23, (ii) tiene la misma categoría ya que ambos son del nivel asistencial, (iii) el actor cumple con los requisitos para ocupar el cargo objeto de nivelación tal como se advierte de los certificados visibles en los antecedentes administrativos (fl.123) y (iv) tiene las misma responsabilidad de apoyo y ejecución de las operaciones de protección.

Sin embargo, no se demostró que ejecutara las labores bajo el mismo horario y que no le resulta aplicable la diferencia salarial en virtud de la exigencias requeridas para ocupar el empleo respecto a los requisitos iniciales de experiencia y estudio que para el grado 16 son la acreditación de cinco (5) meses de experiencia mientras para el grado 20 son veinticinco (25) meses de experiencia, lo cual conforme a la jurisprudencia citada en el marco jurídico es justificación suficiente y objetiva para establecer una diferenciación en la remuneración.

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta la competencia compartida entre el ejecutivo y el legislador para establecer las condiciones de los empleos, según su denominación, grado, código, responsabilidades y perfil de competencias, es plenamente admisible que se establezcan diferentes escalas salariales dependiendo de las exigencias propias para ocupar el cargo. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-105 de 2002 señaló:

*" (...) la Sala observa que la escala salarial se encuentra previamente establecida para cada empleo, de conformidad con lo ordenado por la Constitución y la ley; que de ninguna manera se puede pretender como lo solicitan los actores, que la asignación salarial se establezca respecto de ellos, teniendo en cuenta criterios subjetivos relacionados con sus méritos, su carga.laboral, su antigüedad, sus responsabilidades, su preparación académica, etc., que en su decir serían los criterios objetivos que debería tener en cuenta la administración municipal para asignar la escala salarial; puesto que como se señaló la fijación de la escala salarial obedece a la aplicación de una serie de criterios técnicos establecidos previamente en las normas legales, de tal manera que al momento de crear o fusionar los cargos, debe la administración municipal proceder técnica y objetivamente a establecer la nomenclatura, clasificación y remuneración de cada empleo o cargo, que comprende como se explicó ampliamente: el nivel del cargo, su denominación, clase, código, grado y remuneración.*

*Encontrándose previamente establecida la nomenclatura, clasificación y remuneración de cada empleo para cuya elaboración se deben tener en cuenta factores y criterios objetivos, que en ningún momento pueden referirse a situaciones concretas, subjetivas o personales de quienes a futuro podrían ocupar dichos cargos, dado que el diseño del sistema de estructura salarial por la administración pública es previo a la provisión de cada empleo o cargo; mal podrían las demandadas expedir actos administrativos modificatorios para acomodarlos a las situaciones particulares y concretas del funcionario, sin que se incurriera en responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales.*

*Resulta claro para esta Sala que, la asignación salarial corresponde a cada grado asignado al respectivo cargo dentro de cada nivel, de tal manera que dentro de un mismo nivel existen varios grados de cargos correspondiendo a cada grado una remuneración, que igualmente tiene que ver con las responsabilidades, funciones, requisitos del cargo, etc.”*

En ese orden de ideas, al no encontrarse probado que al accionante le asiste derecho a la nivelación salarial solicitada en aplicación del principio de igual salario – igual valor, el Juzgado negara las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, 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 demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

Finalmente, respecto a la renuncia del apoderado de la entidad accionada (fl.144), el Juzgado no acepta dicha renuncia ya que no se allegó junto con el memorial la constancia de la comunicación que exige el artículo 76 de la Ley 1564 de 2012.

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 este fallo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

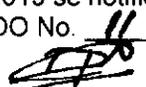
**CUARTO:** No aceptar la renuncia de poder radicada por el apoderado de la entidad accionada, conforme lo expuesto.

**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 27 de febrero de 2019 se notifica la providencia anterior por  
anotación en el ESTADO No. 

  
DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO  
Secretario

S.A

