



Función Pública

Sentencia 02965 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

ACTO DE TRAMITE – Concepto / ACTO DEFINITIVO – Concepto / ACTO DE EJECUCION – Concepto. No impugnación

Según la parte final del artículo 50 ibídem, son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y los actos de trámite cuando pongan fin a una actuación o hagan imposible su continuación. En primera instancia cabe anotar que, de conformidad con el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, contra los actos de ejecución no caben recursos en vía gubernativa, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario. Teniendo en cuenta esta regla y a la luz de lo establecido en el artículo 135 del C.C.A., podría afirmarse entonces que estos actos no son, en principio, objeto de demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto ni siquiera son recurribles en vía gubernativa, requisito éste previo para demandar un acto administrativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 50 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 49 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 135

ACTO DE EJECUCION – Es impugnabile cuando modifica o a adiciona aspecto no incluido / ACTO DE CUMPLIMIENTO DE FALLO DE TUTELA – Acto decisorio. Impugnación. Pensión de jubilación. Factores

Ahora bien, en cada caso concreto deberá analizarse materialmente el contenido del acto calificado como de ejecución, con el ánimo de establecer con certeza si a través del mismo se está dando cumplimiento a una orden previa o si, por el contrario, a pesar de su denominación, se está modificando la orden o adicionando o decidiendo aspectos no incluidos en ella, por cuanto, en este último caso estaríamos en presencia de un acto que si es enjuiciable, por lo menos parcialmente¹, por exteriorizar la voluntad de la Administración. No obstante, la decisión relativa al porcentaje en el que se debía reconocer cada uno de dichos factores salariales no emana de las normas referidas por el juez de tutela, y exceden la orden dada por el mismo referente a que la pensión se liquide sobre la totalidad de la remuneración más alta devengada durante el último año, en la medida en que para ello se precisa el análisis de cada uno de dichos factores en particular a la luz de las normas que le dan sustento. Sobre este último aspecto en concreto, esto es la determinación de la proporción en que debía incluirse cada factor salarial en el ingreso base de liquidación, cabe precisar que el Instituto de Seguros Sociales no actuó con base en los lineamientos otorgados por el Juez de Tutela, pues éste no se los dio, sino sobre una valoración normativa y fáctica que motu proprio realizó. Por lo anterior debe considerarse que la Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003 además de ser un acto de ejecución, es un acto decisorio en cuanto al objeto del presente proceso, esto es, se reitera, a la determinación de la proporción en que cada factor debe conformar el ingreso base de liquidación.

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL – Prima de nivelación no es factor de liquidación pensional por no incluirse en la asignación básica / PRIMA DE NIVELACION EN LA RAMA JUDICIAL – No es factor de liquidación pensional por incluirse en la asignación básica

De la lectura del artículo 1 del Decreto 246 de 1997 se puede concluir que la prima de nivelación es factor salarial para efectos pensionales y que, tal como lo reclamó la parte actora, no puede ser incluida en el ingreso base de liquidación de forma fraccionada para el año 1997, es decir en una doceava parte, en tanto ella se devengaba mensualmente. A pesar de lo anterior, ha de repararse en que dicha norma para el año 1998 fue derogada por el Decreto 65 de 1988, artículos 26 y 29. Ahora bien, también se observa que en la liquidación pensional efectuada por el Instituto de Seguros Sociales se sumó, de forma fraccionada, la prima de nivelación recibida en el año 1997 de forma mensual, fraccionamiento que, se reitera, no era viable en la medida en que se devengaba mensualmente. Sin embargo, en atención a lo referido anteriormente se puede concluir que dicha inclusión no era legal, en la medida en que, se reitera, la prima de nivelación ya estaba incluida dentro de la asignación más alta devengada en el año 1998 la cual fue tenida en cuenta por el ISS.

FUENTE FORMAL: DECRETO 246 DE 1997 / DECRETO 65 DE 1998 – ARTICULO 26

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL – Bonificación de servicio. Factor de liquidación en una doceava parte / BONIFICACION DE SERVICIO EN LA RAMA JUDICIAL – Es factor de liquidación en una doceava parte

Dicha bonificación se consideró, adicionalmente, como factor salarial para la liquidación de pensiones, entre otras prestaciones. De la lectura del artículo 45 del Decreto Ley 1042 de 1978, se evidencia que la bonificación por servicios prestados se paga por anualidad, razón por la cual, en la determinación de la asignación más alta devengada durante el último año no puede sumarle la totalidad de este factor sino solamente una doceava parte.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)

Rad. No.: 25000-23-25-000-2004-02965-01(2786-08)

Actor: MARINA PALMA DE RODRIGUEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 17 de julio de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibió de conocer de fondo las pretensiones de la demanda formulada por Marina Palma de Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S.

LA DEMANDA

MARINA PALMA DE RODRÍGUEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad parcial de los siguientes actos:

Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, S.C. y D.C., en cuanto al reliquidarle la pensión de sobrevivientes de la que es beneficiaria fraccionó en doceavas partes la prima de nivelación y la bonificación por servicios.

- Resolución No. 000745 de 9 de diciembre de 2003, proferida por el Gerente de Pensiones del Instituto de Seguro Social, S.C. y D.C., por la cual, el resolver recurso de apelación, confirmó en su totalidad el anterior acto administrativo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reconocerle una mesada pensional a partir del 7 de marzo de 1998 en cuantía de \$2'240.630.25, resultante de sumarle al ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes de la que es beneficiaria la prima de nivelación y la bonificación por servicios prestados de forma total, sin fraccionamiento alguno; y teniendo en cuenta además, tal como ya se hizo, la totalidad de lo devengado por el causante en la asignación mensual más elevada durante el último año como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bogotá, D.C.

- Pagarle las diferencias resultantes entre el valor que ha percibido por concepto de mesada pensional, de conformidad con la reliquidación ordenada mediante la Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003, y lo que ha debido devengar conforme a la liquidación que se efectúe en la sentencia.

- Reconocerle sobre las sumas adeudadas la indexación de que trata el artículo 178 del C.C.A. así como los intereses regulados por el artículo 177 ibídem.

- Dar cumplimiento a la sentencia dentro del término dispuesto en el artículo 176 ibídem.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Israel Rodríguez Guzmán nació el 30 de octubre de 1945 y laboró al servicio del Municipio de Ibagué durante 9 años, 4 meses y 14 días, y de forma exclusiva a la Rama Judicial durante 23 años y 8 meses, por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1973 y el 7 de marzo de 1998.

Para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Rodríguez Guzmán acreditaba 48 años y 5 meses de edad y 29 años, 1 mes y 5 días de servicio.

Encontrándose al servicio del ente demandado (sic), de conformidad con el certificado de defunción expedido por la Notaría 32 de Bogotá, el señor Rodríguez Guzmán falleció el 7 de marzo de 1998.

Una vez efectuada la reclamación prestacional por parte de la señora Marina Palma de Rodríguez, mediante las Resoluciones Nos. 020278 de 28 de septiembre de 1999 y 006492 de 17 de abril de 2002, el Instituto accionado le reconoció la pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite del señor Israel Rodríguez Guzmán.

El 2 de julio de 2002 elevó ante el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, S.C. y D.C., solicitud de reliquidación de su prestación, la cual fue atendida negativamente a través del Oficio 7676 de 1º de octubre del mismo año.

Interpuesto el recurso de apelación contra la anterior decisión, mediante Resolución No. 00020 de 11 de febrero de 2003 el Gerente de Pensiones del Instituto de Seguro Social confirmó la decisión de no acceder a la reliquidación reclamada.

Ante lo que consideró una vulneración de sus derechos fundamentales y la comisión de una vía de hecho incoó, el 10 de abril de 2003, acción de tutela, la cual fue atendida por el Juez 53 Penal del Circuito de Bogotá de forma favorable a sus intereses, ordenando producir “decisión que reconozca a la demandada (sic) una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada incluidas primas y demás partidas que integran esa remuneración que hubiere devengado en el último año de servicios, aplicando en su integridad el art. 6 del Decreto 546 de 1971”.

En cumplimiento a la anterior decisión judicial, mediante acto administrativo No. 010602 de 11 de junio de 2003, proferido por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, S.C. y D.C., se procedió a reconocer la reliquidación ordenada mediante

fallo de tutela, fraccionando para el efecto la prima de nivelación y la bonificación por servicios prestados.

Interpuesto por la actora el recurso de apelación contra la anterior decisión, mediante la Resolución No. 000745 de 9 de diciembre del mismo año se confirmó el anterior acto administrativo.

NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 25, 29, 46, 48 y 53.

De la Ley 57 de 1987 (sic, debió decir de 1887), los artículos 3º y 5º.

Del Decreto 546 de 1971, los artículos 1º y 6º.

Del Decreto 717 de 1978, el artículo 12.

Del Decreto 911 de 1978, el artículo 4º.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 21, 121 y 127.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 11, 36 y 288.

Los Decretos 246 y 247 de 1997.

La demandante consideró que la entidad accionada, con los actos demandados, vulneró las anteriores disposiciones por los siguientes motivos:

El trabajo es una obligación social con especial protección por parte del Estado, que implica su garantía y respeto en condiciones de dignidad y favorabilidad. Este principio constitucional, empero, fue desconocido al habersele fraccionado factores salariales dentro de un régimen pensional especial que debe aplicarse en su integridad.

A pesar de que el Instituto de Seguros Sociales afirma, en los actos cuestionados, dar cumplimiento a un fallo judicial, distorsiona la normatividad aplicable, esto es la contenida en los Decretos 546 y 717 de 1971 y 911 de 1978, para reconocer factores salariales de forma fragmentada.

Los actos demandados se profirieron a pesar de la claridad de lo dispuesto en los Decretos 246 de 1997 y 247 de 1997, en virtud de los cuales la prima de nivelación y la bonificación por servicios prestados constituyen factor salarial para determinar la cuantía de la pensión de jubilación.

La liquidación pensional efectuada por el Instituto accionado desconoce el principio de favorabilidad, el derecho al debido proceso, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 y el artículo 228 de la Ley 100 de 1993, por cuanto omitió, se reitera, acoger el régimen normativo del cual era beneficiario el causante de forma integral.

También omitió considerar que el régimen contenido en el Decreto 546 de 1971 debía aplicarse de forma total, en atención a que el afiliado era beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual, al consolidar una expectativa pensional a la luz del Decreto 546 de 1971 por acreditar más de 20 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le permite obtener un reconocimiento en aplicación del régimen especial de forma armónica.

Ahora bien, a la luz de lo consagrado en el artículo 127 del C.S.T., salario es todo aquello que percibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio; razón por la cual, en el presente asunto, el Instituto de Seguros Sociales debió incluir la totalidad de los factores salariales reclamados como materialización de la protección del derecho al trabajo a la luz de los postulados Constitucionales.

Puntualizó la parte actora:

“Es claro que frente a las disposiciones constitucionales referidas, las Resoluciones emanadas del este demandado son completamente antagónicas al ordenamiento jurídico que consagra derechos y expectativas para los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, de obtener una mesada pensional equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario mensual más alto recibido durante el último año de servicios, más la doceava parte de cada una de las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, así como la totalidad tanto de la prima de nivelación como de la bonificación por servicios prestados derivadas de la misma relación laboral.”.

Finalmente, cabe precisar que en el presente asunto no se presenta el fenómeno jurídico de la caducidad en la medida en que se discute el reajuste de una prestación que goza de periodicidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado ordenado por el auto de 18 de junio de 2004 para que el Instituto de Seguros Sociales interviniera como parte demandada en el presente litigio (Fl. 43 del cuaderno principal), la entidad guardó silencio (Fl. 46 del cuaderno principal).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia de 17 de julio de 2008, declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibió de conocer de fondo las pretensiones incoadas por Marina Palma de Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S. Con tal objeto, adujo el Tribunal:

El problema jurídico se contrae a determinar si es viable el estudio de legalidad de actos proferidos en cumplimiento de orden judicial.

Al respecto, sostuvo el a quo, de lo dispuesto en los artículos 50 y 135 del C.C.A. se establece que, en principio, sólo son demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa los actos definitivos y, excepcionalmente, los de trámite cuando ponen fin a la actuación administrativa.

A su turno, los actos administrativos que dan cumplimiento a una orden judicial son de ejecución; razón por la cual, al no contener una decisión de la administración o manifestación de voluntad de la misma no son enjuiciables.

Excepcionalmente actos de cumplimiento a orden judicial pueden ser demandables en aquellos casos en los que no se ajustan a la orden impartida o en aquellos en los que la sentencia se limita simplemente a ordenar a la administración dar una respuesta, sin delimitar el alcance de la misma.

En el presente asunto, luego de un análisis de la prueba documental allegada, se concluye que los actos demandados son de ejecución y no actos definitivos; razón por la cual no son enjuiciables. Precisó el Tribunal:

“Adicionalmente, los actos cuya nulidad se pretende no se encuentran dentro de las hipótesis excepcionales en las cuales es posible el control judicial de los actos de cumplimiento de sentencias, toda vez que la decisión no dejó a la entidad margen de discrecionalidad alguno, y tampoco se alega o se evidencia que el I.S.S. se haya alejado de lo ordenado en el fallo de tutela, suprimiéndolo o modificándolo.”.

Por lo anterior, determinó el a quo, procede inhibirse para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones por ineptitud sustantiva de la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia del a quo, con los siguientes argumentos:

Si es verdad, como lo sostiene el a quo, que la acción de tutela impide la demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa la Ley no se hubiera ocupado de aspectos tales como la necesidad de interponer los recursos en vía gubernativa para presentar la tutela.

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, el ISS expresó su voluntad al fraccionar, contra lo dispuesto por la Ley y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores salariales reclamados, esto es la prima de nivelación y la bonificación por servicios.

Agregó la parte recurrente:

“(…) las decisiones contenidas en las Resoluciones ahora enjuiciadas, son actos administrativos, puesto que contienen una decisión negativa acerca de la reliquidación de la pensión de sobrevivientes. Luego, acorde con la teoría del acto administrativo, éste es en esencia una decisión o manifestación de la administración capaz de crear, modificar o extinguir un derecho. Los actos aquí demandados niegan un derecho que le asiste a la actora, por ende contienen en sí mismo una decisión, siendo por consiguiente demandables ante esta jurisdicción especializada, de manera autónoma. Corolario: no existe ineptitud sustantiva de la demanda.”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

-

Previamente a determinar el problema jurídico por resolver debe la Sala establecer si en el presente asunto se configura la ineptitud sustantiva de la demanda declarada por el a quo. Para el efecto, se precisa analizar la naturaleza de los actos administrativos demandados, estudio que partirá de una reseña sobre el trámite pensional adelantado por la señora Marina Palma de Rodríguez ante el Instituto de Seguros Sociales.

Del trámite pensional

Mediante Resolución No. 020278 de 28 de septiembre de 1999, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, S.C. y D.C., se le concedió a la señora Marina Palma de Rodríguez, en calidad de cónyuge supérstite, una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del asegurado Israel Rodríguez Guzmán (Fl. 346 del cuaderno de pruebas).

En dicho acto la pensión se reconoció con base en el tiempo aportado con exclusividad a dicha Administradora de Pensiones y a partir del 7 de marzo de 1998, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Contra el anterior acto administrativo la interesada interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

El primero de ellos fue desatado a través de la Resolución No. 006492 de 17 de abril de 2002, expedida por la misma autoridad, por la cual se reajustó la anterior prestación teniendo en cuenta para el efecto el tiempo de servicio aportado a otras Entidades de Previsión (Fls. 343 a 345 del cuaderno de pruebas).

En este último acto la pensión de sobrevivientes se cuantificó en el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años por el causante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, se consagró:

“La liquidación se efectuó con base en 1.627 semanas e ingreso base de liquidación de \$1’157.390 y un porcentaje del 75%.”.

Mediante Derecho de Petición de 2 de julio de 2002 la interesada solicitó el reconocimiento de su prestación a la luz de lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971 y concordantes, en atención a que el causante acumuló el requisito de tiempo para acceder a dicha prestación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem (Fls. 330 a 342 del cuaderno de pruebas).

Esta solicitud fue atendida negativamente por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del I.S.S., a través del Oficio No. 7676 de 1º de octubre de 2002.

Dándose por notificada por conducta concluyente, la pensionada interpuso recurso de apelación contra el anterior oficio a través de documento radicado el 18 de octubre de 2002 (Fls. 316 a 327 del cuaderno de pruebas).

Por Resolución No. 00020 de 11 de febrero de 2003, proferida por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales, S.C. y D.C., se confirmó la decisión contenida en las Resoluciones Nos. 020278 del 18 de septiembre de 1999 y 006492 de 17 de abril de 2002. Al respecto, manifestó (Fls. 314 y 315 del cuaderno de pruebas):

“Que el asegurado al encontrarse bajo el Régimen de Transición, el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó con (sic) teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto que en el Régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable, en este caso el establecido por el Decreto 546 de 1971, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años o más de cotizaciones al ISS y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público, 50 años de edad la mujer o 55 años de edad el hombre y 75% del ingreso base de liquidación de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Que en el caso objeto de controversia, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el asegurado no contaba con los requisitos para la pensión, puesto que éste derecho lo constituyen dos elementos como son, la edad y el tiempo cotizado, y, mientras la pensión sea una mera expectativa, sus requisitos pueden ser modificados, entonces si el trabajador no cumple (sic) con ambos requisitos, tiempo de servicio y edad no tienen un derecho cierto, sino una expectativa de derecho a la jubilación, que por constituir una situación jurídica general, legal y reglamentaria puede ser modificada a favor o en contra de la entidad.”.

Posteriormente, mediante fallo de tutela del Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito, de 5 de mayo de 2003, se ordenó al Instituto de Seguros Sociales proferir la “(...) decisión que reconozca a la demandada una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada incluidas primas y demás partidas que integran esa remuneración que hubiere devengado en el último año de servicios, aplicando en su integridad el art. 6 del Decreto 546 de 1971 y de acuerdo a las consideraciones hechas en el presente fallo; (...)” (Fls. 375 a 378).

En su parte motiva, a su turno, el Juzgado consideró:

“La normatividad anterior es clara al indicar que la forma de liquidar la pensión para las personas que al entrar en vigencia la ley (sic) 100 de 1993 habían cumplido 40 años para el hombre y 35 para las mujeres o cotizaron durante 15 años es el equivalente al 75% del sueldo mensual más elevado durante el último año de servicio, incluidas primas y demás partidas que integran esa remuneración como lo dispone el Decreto 717 de 1979, de modo que el Instituto de los seguros Sociales al emitir los correspondientes actos administrativos no tuvo en cuenta lo consignado en precedencia, dando origen a una vía de hecho, además de atentar contra los derechos fundamentales reclamados por la petente.”.

En atención a lo anterior la Jefe de Atención al Pensionado del ISS, S.C. y D.C., profirió la Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003 “Por medio del cual resuelve una solicitud de prestaciones económicas, EN CUMPLIMIENTO DE FALLO JUDICIAL, en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” (fls. 2 a 6 del cuaderno principal).

En este último acto, el Instituto elaboró la liquidación pensional en los siguientes términos²:

"FACTORES SALARIALES

Mensuales

Sueldo	\$1.190.650
Gastos de representación	\$ 396.883
Prima especial de servicios	\$ 476.260
Tota	\$2.063.793
Anuales	
Prima de servicios	\$ 716.389
Prima de vacaciones	\$ 746.239
Prima de Navidad	\$1.554.664.31
Bonificación por servicios	\$ 555.637
Prima nivelación	\$ 116.636
Total	\$3.689.565.31
Doceava parte	\$307.464
Total valor sueldo más alto Del último año.	\$2.371.257
VALOR PENSIÓN	\$1.778.443" ³ .

Contra la anterior decisión la beneficiaria de la pensión interpuso recurso de apelación, con el objeto de obtener un reajuste pensional en el que se no se fraccionara la bonificación por servicios ni la prima de nivelación (Fls. 7 y 8 del cuaderno principal).

Dicho recurso fue atendido de forma desfavorable a la interesada mediante la Resolución No. 000745 de 9 de diciembre de 2003, proferida por el Gerente del ISS S.C. y D.C. (Fls. 10 a 14 del cuaderno principal).

En dicho sentido, el Instituto accionado sostuvo que el recurso de apelación no era procedente, por cuanto el acto recurrido era de ejecución, sin embargo, agregó, se atendía el recurso en cumplimiento de otro fallo de tutela en el que se ordenó desatar de fondo el mismo. Agregó, que el régimen bajo el cual se había concedido la pensión de sobrevivientes no era el aplicable, sin embargo que debió efectuarlo en dicha forma en atención al fallo de tutela del Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito. Y Agregó, que la liquidación de la pensión se efectuó con fundamento en el certificado salarial allegado por el Consejo Superior de la Judicatura.

Reseñado lo anterior, se procede a definir si en el presente asunto estamos en presencia de actos de ejecución que impidan el análisis de legalidad planteado por la accionante.

De los actos demandados

-

De conformidad con lo establecido en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, debe agotar vía gubernativa, excepto cuando las autoridades no hayan dado oportunidad para su interposición. A su turno, según la parte final del artículo 50 ibídem, son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y los actos de trámite cuando pongan fin a una actuación o hagan imposible su continuación.

De lo anterior se evidencia que el acto administrativo susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa es aquel a través del cual la Administración decida directa o indirectamente el asunto sometido a su consideración, o aquél de trámite cuando con su expedición se impida la continuación de la actuación administrativa.

Sin embargo, la Administración no sólo expide dentro del ejercicio de sus funciones actos definitivos o de trámite, existen otros que por ejemplo se circunscriben a dar cumplimiento a una orden previa, de autoridad judicial o también administrativa. A estos, se les conoce como actos de ejecución y son aquellos a los cuales nos referiremos a continuación.

En primera instancia cabe anotar que, de conformidad con el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, contra los actos de ejecución no caben recursos en vía gubernativa, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario.

Teniendo en cuenta esta regla y a la luz de lo establecido en el artículo 135 del C.C.A., podría afirmarse entonces que estos actos no son, en principio, objeto de demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto ni siquiera son recurribles en vía gubernativa, requisito éste previo para demandar un acto administrativo.

Ahora bien, el profesor Luis Enrique Berrocal en su obra "Manual de Derecho Administrativo – Según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina", sostuvo sobre este tipo de actos que:

“Sobre el acto de ejecución, RAFAEL BIELSA comenta que el mero acto de ejecución no es acto administrativo, porque para que lo sea es necesario que introduzca un nuevo elemento de derecho, es decir, una nueva manifestación jurídica, que el mismo puede referirse no sólo a decisiones administrativas, sino también a las de otros poderes, v. gr. el poder judicial, y que la ejecución no hace más que realizar la voluntad de la Administración.”⁴.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, a su turno, ha sostenido que en tanto el acto de ejecución no contenga una verdadera exteriorización de la voluntad de la Administración no es enjuiciable ante esta Jurisdicción⁵.

Ahora bien, en cada caso concreto deberá analizarse materialmente el contenido del acto calificado como de ejecución, con el ánimo de establecer con certeza si a través del mismo se está dando cumplimiento a una orden previa o si, por el contrario, a pesar de su denominación, se está modificando la orden o adicionando o decidiendo aspectos no incluidos en ella, por cuanto, en este último caso estaríamos en presencia de un acto que si es enjuiciable, por lo menos parcialmente⁶, por exteriorizar la voluntad de la Administración.

En este mismo sentido, en la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación, de 5 de marzo de 2009, anteriormente referida, se expresó:

“Como lo ha señalado esta Corporación, los actos que dan cumplimiento a una decisión judicial son actos de ejecución y solamente tendrán control jurisdiccional si suprimen o cambian lo ordenado por la providencia judicial, por cuanto ello implicaría una nueva decisión y no la mera ejecución”.

Con base en los anteriores parámetros, a continuación se procede a definir si los actos demandados, en cuanto al fraccionamiento en doceavas partes de dos factores de liquidación específicos, esto es la prima de nivelación y la bonificación por servicios, son actos de ejecución. En este sentido se encuentra:

- Tal como se evidencia de la reseña efectuada anteriormente, la Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003 fue proferida en acatamiento a un fallo de tutela.

- En virtud de dicho cumplimiento, la pensión de sobrevivientes de la que es beneficiaria la actora debió atenerse a lo establecido en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, específicamente debió reconocerse en cuantía equivalente al 75% de la asignación más elevada devengada por el causante durante el último año de su servicio, incluidas primas y demás partidas que integran la remuneración conforme a lo dispuesto en el Decreto 717 de 1978.

- Esta orden dada por el juez de tutela, sobre la cual esta Sala no puede efectuar pronunciamiento alguno, no especificaba con claridad qué partidas deberían incluirse en la liquidación, ni mucho menos en qué proporción, sólo indicó que para ello se debía tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 717 de 1978.

- Bajo esta última normatividad, en principio, puede afirmarse que la decisión de los factores a incluir si bien no fue determinada si era determinable por el funcionario llamado a dar cumplimiento al fallo de tutela, razón por la cual, en el evento de que la interesada argumentara la no inclusión de un factor salarial dicho aspecto sería un incumplimiento al fallo de tutela.

- No obstante, la decisión relativa al porcentaje en el que se debía reconocer cada uno de dichos factores salariales no emana de las normas referidas por el juez de tutela, y exceden la orden dada por el mismo referente a que la pensión se liquide sobre la totalidad de la remuneración más alta devengada durante el último año, en la medida en que para ello se precisa el análisis de cada uno de dichos factores en particular a la luz de las normas que le dan sustento.

- Sobre este último aspecto en concreto, esto es la determinación de la proporción en que debía incluirse cada factor salarial en el ingreso base de liquidación, cabe precisar que el Instituto de Seguros Sociales no actuó con base en los lineamientos otorgados por el Juez de Tutela, pues éste no se los dio, sino sobre una valoración normativa y fáctica que motu proprio realizó.

- Por lo anterior debe considerarse que la Resolución No. 010602 de 11 de junio de 2003 además de ser un acto de ejecución, es un acto decisorio en cuanto al objeto del presente proceso, esto es, se reitera, a la determinación de la proporción en que cada factor debe conformar el ingreso base de liquidación.

- Finalmente, cabe advertir que la Resolución No. 000745 de 9 de diciembre de 2003, por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 010602 del mismo año no es un acto de ejecución, en tanto el fallo de tutela que le precedió simplemente ordenó dar contestación al recurso sin determinar el sentido en que debería darse dicha respuesta.

Por lo expuesto, en consecuencia, procede revocar el fallo de instancia en cuanto declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda; y, en consecuencia, entrar al fondo del asunto.

Del fondo del asunto

-

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 010602 de 11 de junio y 000745 de 9 de diciembre de 2003, en cuanto a la decisión allí contenida de fraccionar en doceavas partes la prima de nivelación y la bonificación por servicios.

Con tal objeto, debe aclararse, el análisis se limitará al estudio de la naturaleza de dichos factores, así como a la frecuencia con la que se perciben, en tanto la pertinencia de su inclusión como factor ya fue reconocida por el Instituto accionado en virtud del cumplimiento a un fallo judicial.

En este sentido, entonces, se abordará el estudio de cada uno de los factores reclamados.

a. Prima de Nivelación

La prima de nivelación fue creada por el Decreto No. 246 de 1997⁷, proferido por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª de 1992, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1º. Créase la Prima de Nivelación con carácter permanente, la cual constituirá factor salarial para efectos de determinar las primas de navidad, vacaciones, servicios, auxilio de cesantías, pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar.

Esta prima no constituye base para liquidar las contribuciones parafiscales ni las cotizaciones de seguridad social, excepto para pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.

ARTÍCULO 2º. El reconocimiento y pago de la Prima de Nivelación de que trata el presente Decreto se hará mensualmente, salvo el primer pago, el cual se efectuará el 1º de junio cuando se disponga de los recursos, una vez se haya efectuado la adición o traslado presupuestal aprobado por el Congreso de la República requerida para su financiamiento y para 1997 tendrá efectos fiscales a partir del 1º de enero.”.

De la lectura de dicha norma se puede concluir que la prima de nivelación es factor salarial para efectos pensionales y que, tal como lo reclamó la parte actora, no puede ser incluida en el ingreso base de liquidación de forma fraccionada para el año 1997, es decir en una doceava parte, en tanto ella se devengaba mensualmente.

A pesar de lo anterior, ha de repararse en que dicha norma para el año 1998 fue derogada por el Decreto 65 de 1998⁸, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 26. En la asignación básica mensual fijada en el presente decreto queda incorporada la prima de nivelación establecida en los Decretos 246 y 1209 de 1997.

(...)

ARTÍCULO 29. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga los Decretos 47, 246 y 1209 de 1997 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1998.”.

Esta derogatoria para el año 1998 por la inclusión del concepto de prima de nivelación dentro de la asignación básica mensual, se corrobora con el certificado salarial obrante a folio 131 del cuaderno de pruebas, en el que consta lo devengado durante el último año de servicios por el señor Israel Rodríguez Guzmán, como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bogotá, D.C., y en el que no aparece la prima de nivelación para el año 1998:

"EN MARZO A DICIEMBRE DE 1997

SUELDO	\$959.132.31
GASTOS DE REPRESENTACIÓN	\$319.710.76
PRIMA ESP. SERVICIOS	\$383.652.93
PRIMA ANUAL SERVICIOS	\$716.389.00
PRIMA VACACIONES	\$746.239.00
BONIF. SERVICIOS	\$447.595.00
PRIMA NIVELACIÓN	\$116.636.00
PRIMA NAVIDAD	\$1.554.664.31

DE ENERO A MARZO DE 1998

SUELDO	\$1.190.650.00
GASTOS DE REPRESENTACIÓN	\$ 396.883.00
PRIMA ESP. SERVICIOS	\$ 476.260.00
BONIF. SERVICIOS ANUAL	\$ 555.637.00 ⁹⁹ .

Ahora bien, revisada la liquidación pensional efectuada por el Instituto de Seguros Sociales se evidencia que como asignación básica mensual más alta devengada durante el último año se tuvo en cuenta la de 1998, esto es, la que incluía, a la luz de lo establecido en el Decreto 65 de 1998, la prima de nivelación.

Ahora bien, también se observa que en la liquidación pensional efectuada por el Instituto de Seguros Sociales se sumó, de forma fraccionada, la prima de nivelación recibida en el año 1997 de forma mensual, fraccionamiento que, se reitera, no era viable en la medida en que se devengaba mensualmente. Sin embargo, en atención a lo referido anteriormente se puede concluir que dicha inclusión no era legal, en la medida en que, se reitera, la prima de nivelación ya estaba incluida dentro de la asignación más alta devengada en el año 1998 la cual fue tenida en cuenta por el ISS.

A pesar de lo anterior, en razón a que esta Sala no tiene competencia para efectuar modificación en la liquidación pensional de forma adversa a la parte actora y única apelante, se procederá a negar las súplicas de la demanda en cuanto a este factor, en la medida en que la prima de nivelación fue incluida correctamente al haberse tenido en cuenta en la liquidación pensional la asignación básica mensual para el año 1998.

b. Bonificación por servicios

Este factor fue creado por el Decreto 247 de 1997, dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, con excepción de los funcionarios y empleados de las Direcciones Ejecutivas, que la continuarían disfrutando de conformidad con las normas legales vigentes, y de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación.

Dicha bonificación se consideró, adicionalmente, como factor salarial para la liquidación de pensiones, entre otras prestaciones.

Al respecto, adujo el artículo 1º del referido cuerpo normativo:

"Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, en los mismo términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997.

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones.”.

Por su parte, el Decreto Ley 1042 de 1978, régimen administrativo Nacional, reguló la bonificación por servicios prestados en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 45. *De la bonificación por servicios prestados.* A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.”

De la lectura de la anterior disposición se evidencia que la bonificación por servicios prestados se paga por anualidad, razón por la cual, en la determinación de la asignación más alta devengada durante el último año no puede sumarle la totalidad de este factor sino solamente una doceava parte.

En este sentido el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 8 de junio de 2006, C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro, radicado interno No. 2294-05, sostuvo:

“Esta prima es computable para efectos pensionales y por consiguiente, se debe cotizar por ella; ahora, como es una prima anual, se debe tener en cuenta su doceava parte para la liquidación pensional.”.

Más recientemente, en similar sentido, la Subsección B, Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, sostuvo en sentencia de 14 de agosto de 2009:

“Respecto del factor de bonificación por servicios esta Sección ha indicado que la misma se reconoce y paga al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual”¹⁰.

Por lo expuesto, no hay lugar a acceder al reajuste pensional reclamado por la actora.

En conclusión, esta Sala revocará la sentencia de 17 de julio de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibió de conocer de fondo las pretensiones de la demanda formulada por Marina Palma de Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S.; para, en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 17 de julio de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibió de conocer de fondo las pretensiones de la demanda formulada por Marina Palma de Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda formulada por Marina Palma de Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 En aquello en lo que se aparte de la decisión que está acatando.

2 La cual está transcrita en el mismo acto administrativo.

3 Valor pensión a 7 de marzo de 1998, fecha del fallecimiento del afiliado Israel Rodríguez Guzmán.

4 Quinta Edición, 2009, Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 200.

5 Al respecto ver, entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, de 5 de marzo de 2009, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00150-01(2788-04), Actor: Ezequiel Villa Arias, Demandado: Presidencia de la República y Ministerio del Interior y de Justicia; y Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, de 5 de noviembre de 2009; Radicación número: 25002325000200504572-01 (0494-2007), Actor: Daniel Mariano Ospina Perdomo, Demandado: Fonprecon.

6 En aquello en lo que se aparte de la decisión que está acatando.

7 Diario oficial 42976 de 7 de febrero de 1997, página 11.

8 Diario Oficial No. 43212 de 10 de enero de 1998.

9 Certificación del Tesorero Pagador de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Bogotá, y D.C., de 19 de junio de 2002.

10 Sentencia proferida dentro del radicado 1508-2008, actor: Cecilia Díaz de Ramírez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:19:42