



Cartagena de Indias D.T. y C., veintitrés (23) de agosto dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-23-33-000-2016-00389-00
Demandante:	Jairo José López Morales
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1-8).

a) Pretensiones.

El señor Jairo José López Morales, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en la cual solicitó, las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare nulo el acto administrativo ficto o presunto configurado el día 10 de octubre de 2015, producto del silencio administrativo de la reclamación hecha el día 10 de julio de 2015.

2. Declarar la nulidad del Oficio OFI 15-91144 MDNSGDAGPSAP del 17 de noviembre, notificado...el día 25 de febrero de 2016; oficio que fue producto o contestación de los recursos en sede administrativa.

3. Que a título de restablecimiento del derecho se declare en sentencia la reliquidación pensional sobre el 75% del promedio de todos los factores salariales establecidos en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, incluyendo la prima de servicios salario del último año de servicios.

4. Se ordene el pago y la inclusión en nómina del nuevo valor de la mesada pensional Reliquidada y reajustada al momento presente, fijándose este valor de mesada al año o momento de expedir sentencia. Esta tomará como base la mesada reliquidada que incluya la prima de servicios a año 2005 (\$2.552.782) e incrementara o reajustara año tras año conforme al incremento del salario mínimo legal mensual como lo establece el artículo 118 del Decreto 1214 de 1990 hasta el momento o anualidad de la sentencia y que al momento presente al presentar esta solicitud (para año 2016) se reajusta y actualiza y se establece en el valor de \$4.053.229



13001-23-33-000-2016-00389-00

5. Se condene al pago de las diferencias de retroactivos entre las mesadas reliquidadas y las pagadas desde agosto de 2011 por el fenómeno de prescripción cuatrienal (cada 4 años) establecido en el régimen especial del decreto 1214 de 1990, y en adelante en el transcurso del proceso hasta el momento en que se incluya en nómina el nuevo valor reliquidado y actualizado de la mesada pensional. Diferencias que actualizadas ascienden a una cuantía total de \$80.783.001,42 hasta de marzo de 2016.

6. Actualizar la respectiva condena con el IPC de conformidad con el artículo 187 del CPACA, aplicando los correspondientes ajustes de valor al momento de la condena.

7. Que se condene en gastos, costas y agencias en derecho a la (s) entidad (es) demandada (s) de conformidad con el artículo 188 del CPACA".

b) Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Laboró en la Armada Nacional como Profesional Especializado en el Código 3010 Grado 17, ejerciendo funciones de Médico Especialista, inicialmente como trabajador oficial y luego fue nombrado como empleado público mediante Resolución N° 3665 de 20 de noviembre de 1981, posesionado mediante acta del 1° de enero de 1982.

La entidad demandada mediante Resolución N° 2928 del 28 de noviembre de 2003, le reconoció pensión de jubilación y liquidó la mesada pensional teniendo en cuenta el último salario del 2005, e incluyendo los siguientes factores salariales: sueldo básico y la doceava parte de la prima de navidad; no obstante, omitió la prima de servicios.

El 10 de julio de 2015 solicitó la reliquidación de la pensión, y al transcurrir 3 meses sin obtener respuesta, presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, el cual fue resuelto mediante oficio 15-91144 MDNSGDAGPSAP del 17 de noviembre de 2015.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El accionante afirmó que con la expedición de los actos administrativos acusados, se violaron los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y 98 y s.s. 102, 103, 118 y 119 del Decreto 1214 de 1990.

Manifestó que el acto administrativo contenido en el oficio acusado viola el derecho al reajuste periódico y la posibilidad de reliquidación, contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales, al negarse a incluir los factores salariales o



prestacionales según el régimen aplicable al caso concreto, cercenando los derechos de la seguridad social que tienen relevancia constitucional.

Citó un aparte de la sentencia T-235/2002, en la cual la Corte Constitucional señala que en aplicación de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad las personas a quienes se les haya reconocido una pensión de jubilación tienen derecho a que dicha prestación sea liquidada según el régimen legal que le sea aplicable.

Señaló que igualmente se transgredieron las disposiciones legales citadas, por cuanto el hecho de no incluir "la prima de servicios devengada en el año 2003" taxativamente establecida en el literal b del artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990.

Sostuvo que en la presente demanda solo se están reclamando las diferencias de mesadas durante los últimos cuatro años por el fenómeno de prescripción de mesadas de 4 años.

3.2. Contestación (fs. 42-44)

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que al accionante le fue aplicada la norma que corresponde a su situación fáctica; y que el acto acusado goza de presunción de legalidad, pues no se demostró que esté viciado de alguna causal de nulidad.

Agregó que no le es aplicable a la demandante el Decreto 1214/90, pues en virtud de la facultad extraordinaria establecida en el artículo 248 de la Ley 100/93 se expidió el Decreto 1301/94, al que fue incorporado la totalidad del personal que venía prestando sus servicios al sistema de sanidad militar.

Señaló que con posterioridad se expidió la Ley 352/97 y se dispuso la liquidación y supresión del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y como consecuencia, se ordenó la incorporación de su personal a la planta del Ministerio de Defensa Nacional señalando el régimen salarial aplicable sería el previsto antes del Decreto 1301/94 para cada caso.

Por lo anterior, a los empleados públicos vinculados con anterioridad al 22 de junio de 1994 le son aplicables las disposiciones del Decreto 1214 de 1990, los empleado vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables el artículo 88 de Decreto 1301 de 1994.



3.3. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 2 de agosto de 2016 (f. 28); * Colpensiones contestó la demanda el 12 de mayo de 2017 (fs. 42-44).

El 23 mayo de 2017 se corrió traslado de las excepciones presentadas por la demandada (f. 59); mediante auto de 2 de agosto de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 61) y el 24 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia y se decretó una prueba documental (fs. 66-65).

Atendiendo, a que las pruebas que estaban pendiente de practicar eran documentales, se ordenó que una vez allegada la prueba solicitada, por Secretaría se diera traslado de la misma durante el término de tres (3) días con el fin de que las partes pudieran hacer uso del derecho de defensa y contradicción. - El 29 de abril de 2019 se corrió traslado de la prueba documental allegada por la demandada (f. 169) y mediante auto de 30 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (f.171).

3.4. Alegatos.

La parte demandante presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la demanda (fs. 174-175); la parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 177-178), y el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a proferir fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Cuestiones procesales previas sobre las excepciones propuestas

La apoderada de la demandada alegó presunción de legalidad del acto acusado, cobro de lo no debido y buena fe, y aunque adujo que se trataba de excepciones, en estricto rigor procesal no son tales, pues no constituyen hechos nuevos con la aptitud de enervar las pretensiones de la demanda, sino razones de defensa que deben ser examinadas por la Sala al momento de abordar el estudio de fondo de la demanda, como en efecto lo hará.

La Sala se abstendrá de declarar de oficio la excepción innominada propuesta porque no advierte que se haya configurado alguna.



5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios, incluyendo la prima de servicios de conformidad con el Decreto 1214 de 1990.

Así mismo, deberá determinar si hay lugar al pago a la actualización de la condena y al pago de la diferencia del retroactivo surgido entre las mesadas reliquidadas y las pagadas

5.3. Tesis de la Sala.

El demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación, incluyendo en el ingreso base de cotización todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios que se encuentran previstos en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, entre ellos la prima de servicios.

Por ello se ordenará a la demandada el pago a la actualización de la condena y de la diferencia entre el retroactivo surgido entre las mesadas reliquidadas y las pagadas.

- Reconocimiento pensional de los integrantes de la Fuerza Pública y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Los artículos 217 y 218 de la Constitución Política prescriben que el legislador tiene la facultad de establecer de manera especial el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, distinto del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, con el fin de materializar el principio de igualdad.

El Decreto 2701 de 1988, reguló el régimen prestacional de los servidores públicos (empleados y trabajadores oficiales) que laboraban en las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que se encontraran adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional y en su artículo 10 señaló que *"el personal de que trata el presente Decreto, no se regirá por las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional"*.

El Decreto 1214 de 1990 *"Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del ministerio de defensa y la policía nacional"* regulaba el régimen salarial y prestacional del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y en lo pertinente estableció:



"ARTICULO 2o. PERSONAL CIVIL. Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional. En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo." (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, los artículos 98 y 103 ibídem establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar.

ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.**
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1º. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

ARTÍCULO 103. PENSION DE RETIRO POR VEJEZ. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que sean retirados del servicio por haber cumplido la edad de sesenta y cinco (65) años y no reúnan los requisitos



13001-23-33-000-2016-00389-00

necesarios para gozar de pensión de jubilación o de invalidez, tendrán derecho, a partir de la fecha de su retiro, a que el Tesoro Público les pague una pensión de retiro por vejez, equivalente al veinte por ciento (20%) de los últimos haberes devengados y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicio, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia."

Por otro lado, la Ley 100/93 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 279, lo siguiente:

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 entonces, de las anteriores consideraciones se colige lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución, **(ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,** y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares ni de la Policía Nacional.

Posteriormente, el Gobierno Nacional en virtud de la facultad extraordinaria otorgada por el numeral 60 del artículo 248 de la Ley 100/1993 expidió el Decreto 1301 de 1994 "por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional". En dicha norma se creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, como establecimientos públicos del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritos al Ministerio de Defensa Nacional y a los cuales fueron incorporados, a partir del 10 de marzo de 1996, los servidores públicos que venían prestando sus servicios al Sistema de Sanidad Militar.

El decreto en mención reguló el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de las nuevas instituciones, el cual en sus artículos 87, 88 y 89 estableció:

"ARTICULO 87. RÉGIMEN LEGAL DEL PERSONAL. Para todos los efectos legales, las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, tendrán el carácter de empleados públicos. No obstante lo anterior pueden tener calidad de trabajadores oficiales quienes realicen actividades de carácter operativo y, conservación y mantenimiento de inmuebles, de acuerdo con los estatutos.

ARTICULO 88. RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y



13001-23-33-000-2016-00389-00

Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el gobierno Nacional. En consecuencia, los empleados públicos y trabajadores oficiales de dichos organismos para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, no se regirán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

PARÁGRAFO. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva.

ARTICULO 89. RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen y adicionen.

PARÁGRAFO. En concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

El decreto mencionado fue derogado por la Ley 352 de 1997 "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional", que en su artículo 53 dispuso la supresión y liquidación de los establecimientos públicos del sistema de salud y creó la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares.

El artículo 54 de dicha ley, reguló la incorporación de los servidores públicos del INSM en las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y los artículos 55 y 56 ibídem regularon el régimen prestacional y salarial al que quedarían sometidos, así:

"ARTÍCULO 55. RÉGIMEN PRESTACIONAL. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional que se incorporen a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente, y que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

PARÁGRAFO. Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional por virtud de la presente ley quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicará lo dispuesto en el Título



VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen." (Negrilla fuera de texto)

ARTÍCULO 56. RÉGIMEN SALARIAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional por virtud de la presente ley, continuarán sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según sea el caso." (Negrilla fuera de texto original)

A su turno, el Decreto 3062 de 1997 "Por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares" en su artículo 2º señaló que los servidores que estuvieran prestando sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se incorporarían a la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional o al Hospital Militar Central, según el caso, respetando los derechos adquiridos conforme al artículo 54 de la Ley 352 de 1997.

Asimismo, el Decreto en mención, en el numeral 4º del artículo 3º, dispuso que a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las plantas de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieren vinculado a esta entidad antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990, o las normas que lo modifiquen o adicionen, en materia prestacional, mientras que al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se le aplicará esta disposición.

En materia salarial, el numeral 6º del artículo 3º ibídem señaló que "a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud que se creen en el Ministerio de Defensa Nacional se les aplicará el régimen salarial que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional".

Finalmente, con la expedición del Decreto 1792 de 2000 "Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración de Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial", se derogó parcialmente el Decreto 1214 de 1990, con excepción de las normas relativas al régimen pensional, salarial y prestacional.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹, al analizar casos análogos², señaló lo siguiente:

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Radicación: No. 250002342000201200905 01. Expediente: No. 2853-2013.

² Ver entre otras las sentencias en sentencia de la 27 de noviembre de 2014 dentro del radicado interno 3129-2013 y la sentencia de 27 de agosto de 2015, radicado interno: 1372-2014, proferidas por la Sección Segunda Subsección B. MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; así como en sentencia



13001-23-33-000-2016-00389-00

"Sobre este particular, cabe señalar que, esta Sección en relación con el proceso de creación y transformación que ha venido experimentado el sistema de salud de las Fuerzas Militares desde la expedición de la Ley 352 de 1997, ha precisado que:

(...) Así las cosas, y de acuerdo con el marco normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que en lo que refiere al régimen salarial aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares se hace necesario distinguir tres etapas, a saber:

I. Empleados públicos - personal civil- vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994 le eran aplicables las disposiciones Previstas en el Decreto 1214 de 1990 dentro de las cuales se encontraba estipulado el reconocimiento y pago de una prima de actividad, artículo 38 ibídem.

II. Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.

III. Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa -sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto"

Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Sub Sección A, C. P: Rafael Francisco Suárez Vargas, en providencia 8 de febrero de dos mil 2018, Radicado No: 25000234200020120074201 (3695-2016), señaló:

El Gobierno Nacional a través de la Ley 100 de 1993, organizó el sector salud de las fuerzas militares, creando el Instituto de Salud para la mencionada entidad y estableciendo un régimen salarial para sus funcionarios a quienes se les designó como servidores públicos.

Así las cosas, todos aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que se encontraban vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les debe aplicar las normas señaladas en el Decreto 1214 de 1990, o aquellas que posteriormente se expidan; no sucede lo mismo con aquellos servidores que ingresaron con posterioridad a la expedición de la norma⁵, quienes están sujetos al régimen previsto en la Ley 352 de 1997.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁶ ha discriminado tres etapas en lo referente a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

- Empleados públicos «personal civil» vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994⁷ le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de una prima de actividad, artículo 38 ib.

- Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores determinara el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.

de 10 de septiembre de 2015, en el Expediente con Radicación 250002342000201200648-01 (3118-2013) MP. Dr. Carmelo Perdomo.



13001-23-33-000-2016-00389-00

- Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa –sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto.

La Sala prohija los criterios expuestos y los aplicará al caso bajo estudio.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia del acta de 1º de enero de 1982, mediante la cual se posesiona el demandante en el cargo de Especialista Jefe Médico, cargo para el cual fue nombrado mediante RESMIN N°. 3565 de 30 de noviembre de 1981 (f. 12).
- Resolución N° 2928 de 28 de noviembre de 2003, "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación para lo cual se tuvo en cuenta el 75% de los últimos haberes computables para prestaciones sociales, tales como, sueldo básico y 1/12 de la prima de navidad (fs. 14-15).
- Certificaciones suscrita por el Coordinador Grupo Talento Humano de la Dirección General de Sanidad Militar de 19 de febrero de 2015, por medio del cual que el demandante en su calidad de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 17, laboró en esta institución desde el 1º de enero de 1982 hasta el 6 de julio de 2003, fecha en la que se retiró del servicio, y que durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2003 devengó los siguientes haberes: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación , prima de navidad (f.16).
- Copia del Oficio OFI15-91144 MDNSGDAGPSAP de 17 de noviembre de 2015 mediante la cual la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales niega la solicitud de reliquidación del demandante (f. 26).
- Antecedentes administrativos remitidos por la parte demandada (fs. 89-134).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso, el demandante pretende que se reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todas las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.



13001-23-33-000-2016-00389-00

A su turno, la parte demandada, en la contestación afirmó que al actor no le es aplicable dicha norma, sino el Decreto 1301 de 1994, "Por el cual se creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares".

Por lo anterior, antes de establecer si procede ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación, se debe verificar el régimen salarial y aplicable al demandante.

En el proceso quedó demostrado que el demandante se vinculó al Ministerio de Defensa – Armada Nacional, en calidad de empleado público el 1º de enero de 1982 en el cargo de Especialista Jefe Médico, como consta en acta de posesión visible a folio 12; esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, el régimen pensional que le es aplicable es el previsto en el Decreto 1214 de 1990.

- Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión del demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en el Decreto 1214 de 1990, y que para efectos de la liquidación se tuvo en cuenta el 75% del sueldo básico y la 1/12 parte de la prima de navidad (fs. 14-15).

De acuerdo con el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 son partidas computables para efectos de la liquidación pensional las siguientes: sueldo básico, **prima de servicio**, prima de alimentación, prima de actividad, subsidio familiar, auxilio de transporte y duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

Así mismo, de acuerdo con la certificación suscrita por el Coordinador Grupo Talento Humano de la Dirección General de Sanidad Militar de 19 de febrero de 2015, laboró en esta institución desde el 1º de enero de 1982 hasta el 6 de julio de 2003, fecha en la que se retiró del servicio y que durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2003 devengó los siguientes haberes: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación y prima de navidad (f.16)

Contrario a lo expuesto por la entidad demandada en los actos acusados y en la contestación de la demandada, el demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide y pague en forma indexada, con el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado con inclusión de las siguientes partidas computables: sueldo básico, **la prima de servicios** y la doceava parte de la prima de navidad.



13001-23-33-000-2016-00389-00

En consecuencia se accederá a ordenar la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de la prima de servicios en el ingreso base de liquidación.

- De la inexistencia del acto administrativo ficto negativo. – Control exclusivo sobre el acto administrativo expreso demandado.

De acuerdo con el material probatorio obrante dentro del expediente el 9 de diciembre de 2014 el demandante presentó reclamación administrativa de reliquidación de su pensión de jubilación (fs. 21-24).

La Corte Constitucional haciendo una interpretación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994, 4 de la Ley 700 de 2001, 6 y 33 del Código Contencioso Administrativo, ha señalado, que en materia pensional, los responsables de reconocer derechos pensionales cuentan con cuatro (4) meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en esa materia. Así lo señaló en Sentencia SU-975 de 2003:

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

(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajustes– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, re liquidación o reajuste en un término mayor a los 15 días, situación de la deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

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

Así las cosas, si la autoridad o entidad correspondiente no atiende injustificadamente los plazos establecidos por la ley y desarrollado por la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho de petición."

El artículo 83 del C.P.A.C.A., aplicable al caso concreto, frente a la configuración del silencio administrativo negativo dispone lo siguiente:

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





13001-23-33-000-2016-00389-00

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

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

De lo anterior se concluye que como en materia pensional la administración cuenta con el término de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de presentación de la petición, el silencio administrativo negativo se configuraría al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el demandante presentó solicitud de reliquidación pensional el 10 de julio de 2015, por lo que la entidad demandada contaba con el término de 4 meses para responder su solicitud (hasta el 10 de noviembre de 2015), so pena de configurarse el silencio administrativo negativo al cabo de un mes contado desde la fecha en que debió dar respuesta a la solicitud de reliquidación (10 de diciembre de 2015).

Si bien, el actor presentó un recurso de reposición y en subsidio de apelación contra "el acto ficto" el 28 de octubre de 2015, el mismo no puede entenderse como tal, puesto que para la fecha de su presentación no se había configurado el silencio negativo, y por ello su solicitud debe ser entendida como una insistencia en su petición de reliquidación, la cual fue resuelta mediante el OFI15-91144 MDNSGDAGPSAP de 17 de noviembre de 2015, en el que la entidad demandada de forma expresa niega la reliquidación de su pensión de jubilación (f. 26).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del C.P.A.C.A., la administración no pierde competencia para resolver la petición inicial, salvo que el peticionario hubiere presentado los recursos o la correspondiente demanda ante esta jurisdicción, lo cual de acuerdo con lo expuesto anteriormente no ocurrió, y en consecuencia, no habrá lugar a declarar la existencia de acto ficto negativo.

Como el demandante, solicitó la declaración de nulidad del OFI15-91144 MDNSGDAGPSAP de 17 de noviembre de 2015, mediante el cual la entidad demandada de forma expresa negó su solicitud de reliquidación pensional, la Sala procederá a declarar su nulidad.

- Restablecimiento del derecho

De conformidad con lo expuesto, es dable concluir que el señor Jairo José López Morales tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% del último salario devengado con inclusión de las siguientes partidas computables: sueldo básico, la prima de servicios y la doceava parte de la prima de navidad.

Los valores causados desde que el actor adquirió su status pensional, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado, la que se expresa en los siguientes términos:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la formula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

- Sobre la prescripción de derechos.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos, la misma solo se aplica a aquellas mesadas no reclamadas oportunamente, tal como lo dispone el artículos 129 del Decreto 1214 de 1990, en virtud de los cuales "El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

En el sub-lite quedó probado que el demandante presentó solicitud de reliquidación el 10 de julio de 2015 ; por lo cual se deben declarar prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de julio de 2011 y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.



- Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma favorable las pretensiones de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en primera instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría de la Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad del Oficio 15-91144 MDNSGDAGPSAP de 17 de noviembre de 2015, expedido por la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación - Ministerio de Defensa – Grupo de Prestaciones Sociales reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta el 75% del último salario devengado con inclusión de las siguientes partidas computables: sueldo básico, prima de servicios y la doceava parte de la prima de navidad.

TERCERO: Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.



13001-23-33-000-2016-00389-00

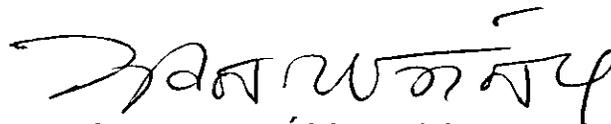
CUARTO: Se declaran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de julio de 2011.

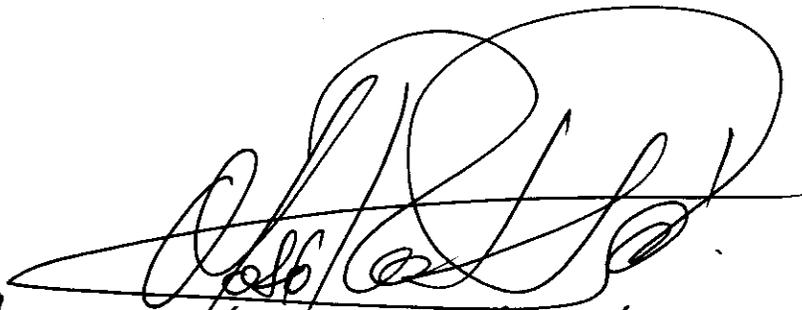
QUINTO: Condénese en costas procesales en primera instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

SEXTO: El Ministerio de Defensa deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

