

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E
Carrera 57 N° 43 – 91 Piso 1

Único correo electrónico: rmemorialessec02setadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

CONSTANCIA DE FIJACIÓN EN LISTA DE LAS EXCEPCIONES

RADICACIÓN: 25000-23-42-000-2021-00660-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DERLY MARÍA NAJAR CASTRO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA

Teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo No. 2 del art. 175 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), que remite a lo dispuesto por el artículo 201A *ibidem*. En la fecha se fija en lista en un lugar visible de esta Secretaría de la Subsección E, por el término de un (1) día y se corre traslado a la contraparte de **las excepciones propuestas** por: **el apoderado de la entidad demandada**, por el termino de tres (3) días en un lugar visible esta Secretaría de la Subsección E, en mensaje de datos enviado a los buzones electrónicos correspondientes y en la página web de la Rama Judicial. www.ramajudicial.gov.co

DÍA DE FIJACIÓN: 17 DE MARZO DE 2022, a las 8:00 a.m.
EMPIEZA TRASLADO: 18 DE MARZO DE 2022, a las 8:00 a.m.
VENCE TRASLADO: 23 DE MARZO DE 2022, a las 5:00 p.m.


DEICY JOHANNA IMBACHI OME
Oficial Mayor
Subsección E



Contestación Dda. 2021-00660

IT. Reyzon Alexander Hernandez Lancheros <reyzon.hernandez@mindefensa.gov.co>

Mar 08/02/2022 17:30

Para: Recepcion Memoriales Seccion 02 Subseccion E Tribunal Administrativo - Cundinamarca

<rmemorialessec02setadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: avendanoortiz@hotmail.com <avendanoortiz@hotmail.com>

📎 5 archivos adjuntos (17 MB)

Anexo 2. EXTRACTO HOJA DE VIDA NAJAR CASTRO.pdf; Anexo 3. Certificación salarial.pdf; Contestacion Dda Derly Najar.pdf; Poder y anexos.pdf; Anexo 1. Antecedentes administrativos.pdf;

H. Magistrado

RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Sección Segunda – Subsección E
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Ciudad

Radicado:	250002342000 202100660 00
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor:	Derly Maria Najar Castro
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional

ASUNTO. CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

REYZON ALEXANDER HERNANDEZ LANCHEROS, mayor de edad, domiciliado y residente en la Ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 86.085.587 expedida en Villavicencio, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional número 236.102 conferida por el H. Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la NACION-MINIISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en el proceso de la referencia, y estando dentro de la oportunidad procesal, me permito dar **Contestación a la demanda**

Cordialmente,



REYZON ALEXANDER HERNANDEZ LANCHEROS

Dirección de Asuntos Legales
Carrera 54 No. 26 – 25 CAN
Tel. 3150111 Ext. 40468

H. Magistrado
RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Sección Segunda – Subsección E
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Ciudad

Radicado: 250002342000**202100660** 00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: Derly Maria Najar Castro
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional

ASUNTO. CONTESTACION DE DEMANDA.

REYZON ALEXANDER HERNANDEZ LANCHEROS, mayor de edad, domiciliado y residente en la Ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 86.085.587 expedida en Villavicencio, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional número 236.102 conferida por el H. Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la NACION-MINIISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en el proceso de la referencia, y estando dentro de la oportunidad procesal, me permito dar **Contestación a la demanda** en los siguientes términos:

I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

A la pretensión primera (1ª). Pretende la demandante que se declare la nulidad del oficio No. M2021081200265 del 12 de agosto de 2021, a través del cual se negó la liquidación y pago de las partidas que a su juicio, constituyen factor salarial y que deben ser tenidas en cuenta en el ingreso base de cotización del sistema general de pensiones.

Es oportuno señalar que, conforme al principio de legalidad, el Ministerio de Defensa Nacional viene aplicando taxativamente lo dispuesto en el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, que establece taxativamente los factores del salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos.

A la pretensión segunda (2ª). En consecuencia, pretende que a título de restablecimiento del derecho se liquide y pague el Ingreso Base de Cotización de los aportes a pensión realizados a COLPENSIONES, incluyendo para su cálculo las siguientes partidas que componen el salario: sueldo básico, prima de servicio, prima de alimentación, prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad, desde la fecha de ingreso al Ministerio de Defensa Nacional.

No es posible acceder a lo peticionado por la parte actora, en la medida que los Decretos 691 y 1158 de 1994, determinan los factores del salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, para este caso, la asignación básica mensual, la bonificación por

servicios y la prima de antigüedad, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para empezar a devengarla.

Estos factores, constituyen el ingreso base de cotización con los cuales mes a mes, año a año se han efectuado los aportes a seguridad social en pensión, por tal motivo, esta entidad no adeuda aportes adicionales al fondo pensional.

II. EN CUANTO A LOS HECHOS

Al hecho primero (1°). Es parcialmente cierto, toda vez que la resolución de nombramiento se expidió el 9 de noviembre de 1999 y se posesionó el día 16 de noviembre de la misma anualidad.

Al hecho segundo (2°). Es cierto.

Al hecho Tercero (3°). No me consta, que se pruebe. La administración no tiene la obligación de realizar los aportes a seguridad social, con las partidas establecidas en el artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990, toda vez que la demandante pertenece al régimen general del sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que su vinculación se efectuó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Además, la norma no expresa taxativamente que las partidas, primas y subsidios constituyen factor salarial, por ende no deben ser tenidas en cuenta en la cotización de aportes a seguridad social – pensión.

Al hecho cuarto (4°). Es cierto. Se reproduce textualmente el aparte normativo.

Al hecho quinto (5°). Es cierto. Corresponde al salario pagado en el mes de agosto de 2021, sin el ajuste del incremento anual.

Al hecho sexto (6°). No me consta, que se pruebe. Por la forma en que se encuentra redactado, podemos afirmar que en estricto sentido no es un hecho sino manifestaciones y apreciaciones jurídicas que realiza el apoderado de la parte actora, donde se infiere subjetivamente un error del Ministerio de Defensa al no haber cotizado el ingreso base de cotización con los factores del art. 102 del Dec. 1214/90, manifestación alejada del principio de legalidad con el que obra la administración en todas sus actuaciones.

Al hecho séptimo (7°). No me consta, que se pruebe. Por la forma en que se encuentra redactado, podemos afirmar que en estricto sentido no es un hecho sino manifestaciones y apreciaciones jurídicas que realiza el apoderado de la parte actora, alegando “exabrupto cometido por la entidad”, expresión que obliga a llamar al orden al togado, toda vez que no puede pretender descalificar el actuar legítimo de la administración con apreciaciones subjetivas que buscan darle soporte apreciativo, no jurídico, a sus pretensiones.

Mediante un juicio equívoco y erróneo de interpretación en la aplicación normativa, aduce la demandante en el acápite del **concepto de violación** que el Ministerio de Defensa Nacional ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, igualdad y principio de favorabilidad, al negar

que se liquide y pague los factores, que a su juicio, son constitutivos de salario, para llevar dichos conceptos al ingreso base de cotización a fin de obtener el “real y verdadero” IBC.

En síntesis, para la demandante, el régimen salarial especial de los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional, debe ser tenido en cuenta como ingreso base de cotización para la pensión. Argumentos a los cuales nos oponemos en su totalidad, con los fundamentos de defensa que se exponen a continuación.

III. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE DEFENSA

1. Fundamentos fácticos.

El demandante ingresó al Ministerio de Defensa Nacional, desde el año 1999 y el salario que devenga se compone de primas y subsidios establecidos en 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”, de lo cual es pertinente aclarar que la norma no expresa taxativamente que las partidas, primas y subsidios constituyen factor salarial.

El apoderado de la parte actora, realiza un juicio equívoco y erróneo de interpretación en la aplicación normativa, toda vez que pretende trasladar las prebendas del régimen especial establecidas en el Decreto Ley 1214 de 1990, para realizar los aportes a la seguridad social en pensión del régimen general, el cual cuenta con reglamentación específica definida en los Decretos 691 y 1158 de 1994.

2. Presunción de legalidad.

La actuación de la administración que se ataca en vía Judicial, se encuentra soportada en Decretos Reglamentarios que gozan de la total PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD. Para tal efecto, se hace necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado¹ sobre la demanda de nulidad contra los Decretos 691 y 1158 de 1994, proceso en el que se negaron las pretensiones de la demanda argumentando que:

3.5. Con apoyo en la distinción anterior queda entonces claramente establecido que tanto el Decreto 691 de 1994, en cuyo artículo 6° se dispone que para calcular la base de cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos se tendrán en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, las primas de antigüedad, cuando sean factor de salario, la bonificación por servicios prestados, la remuneración por dominicales y trabajo suplementario cuando sea del caso, así como el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que lo modificó, son normas administrativas de naturaleza reglamentaria, para la cumplida ejecución de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003.

¹ Sentencia 11001-03-25-000-2008-00125-00(2739-08) del 28 de febrero de 2013, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Paez.

Mal podría el Juzgador de Instancia reconocer lo pretendido por el demandante, respecto a los argumentos dilucidados en el libelo de la demanda, siendo que se ha venido aplicando taxativamente lo dispuesto en los Decretos 691 y 1158 de 1994, para la liquidación de los aportes a pensiones.

Refuerza esta postura, el pronunciamiento de la Corte Constitucional² sobre la **libertad del legislador** para establecer qué componentes constituyen salario y cuáles no, al respecto señala:

El legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.

En sus consideraciones la H. Corte Constitucional, al analizar sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad en el trabajo, declara exequible las expresiones plasmadas por el legislador en relación con algunas primas reconocidas en la Ley 4 de 1992, que no constituyen factor salarial.

Sobre el particular, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante concepto 87611 de 2012, se refiere expresamente a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, para conceptuar que:

...es claro que las prestaciones sociales de los trabajadores del sector público no forman parte de la base para liquidar aportes a la seguridad social, por tal razón, si estos conceptos son reconocidos a un servidor público en una liquidación definitiva por su retiro del servicio, los mismos no deben ser tenidos en cuenta para pagar aportes a pensiones, salud o riesgos profesionales, por no formar parte del salario conforme lo previsto en el Decreto 1158 de 1994.

En igual sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante concepto 243281 de 2016, luego de analizar la normatividad relativa a la base de cotización para realizar los aportes pensionales de los servidores públicos (Ley 4/92, art. 2, 3 y 4 – Ley 100/93, art. 18 modificado por el art. 5 de la Ley 797/03), señala:

De conformidad con las disposiciones citadas, para la liquidación de los aportes a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, se deberán tener en cuenta los factores señalados expresamente en el Decreto 1158 de 1994...

(...)

Por último, de conformidad con lo expresado, la asignación básica mensual a que alude el literal a) del Decreto 1158 de 1994, debe corresponder con las asignaciones básicas señaladas en los decretos salariales anuales expedidos por el Gobierno Nacional para cada empleo, por tanto, en el sector público no es posible considerar como parte del ingreso base de cotización del Sistema de Salud el salario variable.

Refuerza esta postura el Ministerio del Trabajo a través del concepto expedido por la Dirección de Pensiones y Otras Prestaciones con fecha 11 de diciembre de 2020, al referirse enfáticamente a la problemática expuesta:

² Ver sentencia C-279/96.

De esta forma es claro que las reglas que en materia pensional se aplican al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, son las propias del Sistema General de Pensiones y así lo precisó la Corte Constitucional, en la sentencia N° C-665 del 28 de noviembre de 1996, al manifestar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

“...al excluir del régimen previsto por el Decreto-ley 1214 de 1990 al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional que se vincule con posterioridad a la vigencia de la Carta Política de 1991, no quebranta el ordenamiento superior, pues al hacerlo tuvo como objetivo fundamental la aplicación para dichos servidores públicos del Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la ley 100 de 1993...”

Y, por supuesto, esas reglas incluyen que el ingreso base de cotización al Sistema General de Pensiones, sea el establecido en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo I del Decreto 1158 de 1994 y compilado por el artículo 2.2.3.1,3. del Decreto 1833 de 2016.

Finalmente, se observa que con las demandas que pretenden incorporar en la base de cotización del Sistema General de Pensiones todas las partidas salariales percibidas por el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, **se refunde en forma impropia dos materias que son independientes**, a saber: el régimen salarial y el de seguridad social, el primero propio de las relaciones laborales y el segundo autónomo del campo laboral.

En efecto, la demanda pretende inducir en error a las autoridades judiciales al afirmar que el Decreto Ley 1214 de 1990, se encuentra vigente respecto a las partidas salariales del personal civil del Ministerio de Defensa y con esa sola consideración se busca que esas partidas hagan parte de la base de cotización al Sistema General de Pensiones, desconociendo que por su naturaleza laboral el cumplimiento de esa preceptiva se circunscribe a la retribución del servicio prestado y no se extiende a un régimen de aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que es propio del Sistema General de Pensiones y que, como ya se mencionó, trasciende el ámbito laboral. (Negrilla y subrayas propias)

Unido a lo anteriormente expuesto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado: "**PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Carece de racionalidad que el juez oficiosamente tenga que buscar la nulidad de los actos administrativos.**

De manera que al cotejar los fundamentos de la demanda con las razones expuestas por el a quo, no se aprecia ninguna concordancia ni relación de conexidad, circunstancia que igualmente desconoce las pautas señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en pronunciamientos recientes, entre ellos la sentencia de fecha 6 de mayo de 2004 en la cual sobre el particular. "...2.3. El numeral 4 del art. 137 del Código Contencioso Administrativo establece, entre los requisitos de la demanda, el señalamiento de los fundamentos de derecho de las pretensiones y que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación....

La naturaleza y características propias del acto administrativo, que se han puesto de presente anteriormente, justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que **cuando se impugna un acto administrativo deben citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación**. En efecto: Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es

ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO 23 de marzo de 2006. Radicado número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04). (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Puesto de presente para destacar la presunción de legalidad de los actos acusados ante la incongruencia entre los hechos y las pretensiones y la carencia de fundamento en el concepto de violación para que se reliquide el ingreso base de cotización, pretendiendo desconocer los Decretos reglamentarios que sustentan el actuar de la administración en la liquidación de aportes al sistema general de pensiones.

3. Problemas jurídicos a resolver.

Para resolver el presente litigio, se sugiere al despacho absolver los interrogantes como a continuación se plantean:

i) ¿El cumplimiento estricto de lo dispuesto en el Decreto 691 y 1158 de 1994 por parte del Ministerio de Defensa Nacional, se considera un desconocimiento “exabrupto” del Decreto 1214 de 1990, para liquidar los aportes a pensión de los servidores públicos? De ser afirmativo se requiere establecer si, **ii)** ¿Constituyen factor salarial, para liquidar los aportes a pensión, las primas y subsidios contenidas en los artículos 38, 39, 46 Y 49 del Decreto 1214 de 1990?, en el mismo sentido **iii)** ¿Es procedente liquidar los aportes a pensión de vejez de los servidores públicos, con las partidas establecidas para el régimen especial de pensión de jubilación, contenidas en el art. 102 del Decreto 1214/90?

El problema jurídico se resuelve, analizando la legalidad de la que gozan los Decretos reglamentarios que aquí se demandan, seguido de la normatividad aplicable para el caso en concreto, posteriormente se analizará la jurisprudencia relacionada sobre el particular, con el fin de desvirtuar las pretensiones de la demanda.

4. Normatividad aplicable al caso en concreto.

Atendiendo la naturaleza jurídica de las partes en el presente proceso, se hace necesario traer a colación la normativa vigente aplicada al caso, tomada como fundamento para la actuación de la administración.

DECRETO 1214 DE 1990

Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

ARTÍCULO 1o. APLICABILIDAD. *El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público.*

ARTÍCULO 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.

ARTICULO 38. Prima de actividad. *Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.*

- Liquidada en un 33% a partir de 1996, con el Decreto de aumento anual expedido por el Gobierno Nacional. Cabe destacar, que fue incrementada al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007, mediante Decreto 2863 de 2007. No constituye factor salarial.

ARTICULO 39. Prima de alimentación. *Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de alimentación, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. PARAGRAFO. Facúltase al Ministerio de Defensa Nacional para fijar una prima especial de alimentación, que no podrá exceder de la que rija para los soldados de las Fuerzas Militares, a favor de aquellos empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones militares para restablecer el orden público, o en áreas en las que la ley consagre este beneficio para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.*

- Esta partida se cancela como subsidio de alimentación y se incrementa anualmente conforme al Decreto de aumento que expide el Gobierno Nacional, tomando como fundamento los artículos 7° y 8° del Decreto-ley 219 de 1979. No constituye factor salarial de conformidad a lo señalado en el artículo 9°. “El subsidio y la prima de alimentación a que se refieren los artículos 7° y 8° del presente Decreto, **no serán computables en ningún caso para la liquidación de prestaciones sociales**, y no habrá lugar a su reconocimiento cuando el funcionario disfrute de vacaciones o haga uso de licencia superior a quince días”. (Negrilla propia)

ARTICULO 46. Prima de servicio. *Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan 15 años de servicios continuos o discontinuos como tales en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de servicio, que se liquidará sobre el sueldo básico, así:*

A los quince (15) años, el diez por ciento (10%); por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.

- Se resalta que el apoderado de la parte actora desconoce que se trata de la misma prima de antigüedad que se liquida en los haberes devengados por el demandante, (por lo que no puede pretender la liquidación de la prima

de servicio y la prima de antigüedad al mismo tiempo, toda vez que corresponden a la misma), a partir de la fecha en que cumplió 15 años de servicio, por ende, además de que NO es factor salarial, NO puede pretender el actor incluirlo en la reliquidación de los aportes al Sistema General de Pensiones, desde la fecha de su vinculación, como quiera que se viene incluyendo desde que se cumplió este requisito.

ARTICULO 49. Subsidio familiar. *A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:*

a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;

b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;

c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

- La Ley 21 de 1982 “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”, establece:

«ARTÍCULO 1º. *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.*

PARÁGRAFO. *Para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.»*

ARTÍCULO 2º. *El subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso.»* (Subrayas fuera de texto)

Conforme a lo expuesto, se debe tener en cuenta que incide en la liquidación salarial, a partir de la fecha en que registró su núcleo familiar en la oficina de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional, tal como se registra en la hoja de vida del demandante y se debe destacar que No constituye factor salarial.

LEY 4 DE 1992

(mayo 18)

Artículo 1º. *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

a) *Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

LEY 100 DE 1993.

(diciembre 23)

Artículo 18. *(Modificado por el art. 5 de la Ley 797 de 2003) Base de Cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el **salario mensual.***

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

*El **salario mensual base de cotización para los servidores del sector público** será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la **Ley 4° de 1992**.*

...

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión. (...)

Artículo 273. Régimen Aplicable A Los Servidores Públicos. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, **podrá incorporar,** respetando los derechos adquiridos, **a los servidores públicos,** aún a los congresistas, **al Sistema General de Pensiones** y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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. (...) (Negrillas propias)

LEY 238 DE 1995

(diciembre 26)

Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

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

DECRETO 691 DE 1994

(marzo 29)

Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones

Artículo 6°. Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos que por el presente Decreto se incorporan, estarán constituidos por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando ésta sea factor del salario;
- d) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- e) La remuneración por trabaja o suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- f) La bonificación por servicios.

DECRETO 1158 DE 1994

(junio 03)

Por el cual se modifica el artículo 6o. del Decreto 691 de 1994

Artículo 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) **La asignación básica mensual;**
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) **Las primas de antigüedad,** ascensional de capacitación **cuando sean factor de salario;**
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) **La bonificación por servicios prestados;** (Negrillas propias)

DECRETO 1792 DE 2000

(septiembre 14)

Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial.

ARTICULO 114. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Decreto-ley 1214 de 1990 y el Decreto 2909 de 1991, con **excepción de las relativas a los regímenes pensonal, salarial y prestacional.** (Negrillas propias)

Al tenor literal de la normativa expuesta, se pone de presente que el legislador NO estableció que las partidas, primas y subsidios contenidos en el régimen especial creado para el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa mediante Decreto 1214/90, constituyen factor salarial, por tal razón y conforme lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, los artículos 18, 273 y 279 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 238 de 1995 y modificado por la Ley 797 de 2003, así como el Decreto 691/94 modificado en su artículo 6 por el Decreto 1158/94, las liquidaciones de los aportes al sistema general de pensiones a partir del 01 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se han efectuado atendiendo a los factores enunciados taxativamente para la base de cotización.

Es importante poner de presente a su señoría, el análisis de la Corte Constitucional³ frente a los **factores que constituyen salario:**

«Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.» (Resaltado propio)

Fundamento analizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en particular sobre el subsidio familiar y la partida de alimentación,

³ Sentencia C – 521/95.

mediante concepto 166691 del 14 de mayo de 2020, concluye que “...**la partida de alimentos** la otorga el Ministerio de Defensa para la alimentación de los empleados que se encuentran en áreas donde se desarrollen operaciones militares para restablecer el orden público, con el fin de desempeñar a cabalidad sus funciones, por lo anterior, en concepto de esta Dirección Jurídica **se considera que la misma no constituya factor salarial**” y en el mismo sentido sobre el **subsidio familiar** destaca “...es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad; **sin que en ningún caso constituya salario, ni sea viable computarlo como factor del mismo**”. (Negrillas fuera de texto)

De esta forma, se concluye que el subsidio familiar es una prestación social y en ningún caso hace parte del salario o constituye factor salarial; frente a la partida de alimentación se percibe como contraprestación directa del servicio, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, por lo que no podría dársele un alcance diferente al establecido por el legislador y en ese sentido, no podría ser incluido como factor prestacional para la liquidación del ingreso base de cotización.

5. Régimen salarial y pensional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Se considera pertinente transcribir pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴ que respaldan el régimen especial del personal civil. Veamos:

4.3. (...)

La tercera razón para considerar que se trata de regímenes especiales incomparables, entonces, es que el propio legislador así lo determinó. En efecto, el tenor literal de la norma transcrita marca una diferencia tajante entre el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional por un lado, y el personal regido por el Decreto 1214 de 1990, por otro, es decir, el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Pero no sólo se trata de una cuestión gramatical. Las razones para excluir del régimen general de la Ley 100 de 1993 a uno y otro grupo son diferentes y, en consecuencia, los efectos normativos en uno y otro caso también son distintos.

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

4.4. *La cuarta y última razón para considerar que los regímenes especiales en cuestión no son comparables, es que explícitamente la jurisprudencia constitucional así lo ha considerado. En la sentencia C-665 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara) en la que la Corte estudió la constitucionalidad de un aparte del primer inciso del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se dijo al respecto,*

"(...) el precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, que no constituyen en manera alguna discriminación: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y

⁴ Sentencia C-888/02.

la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán **las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados**, y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993.

Ante esta circunstancia, considera la Corte que la disposición acusada no quebranta preceptos de orden constitucional, pues el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas generales, atendiendo razones justificadas, que en el caso sometido a estudio, tienen fundamento pleno en la protección de derechos adquiridos para los antiguos servidores pertenecientes a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Es conveniente precisar, adicionalmente, que en ningún caso puede asimilarse al personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con los miembros activos de estas instituciones. En este sentido, el legislador habilitado constitucionalmente para ello, dispuso de conformidad con los preceptos de orden superior -artículos 217 y 218-, un régimen prestacional diferente para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el personal civil de las mismas (Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990), dada la naturaleza del servicio que cada uno desempeña." (...) (Negrilla y subrayas propias)

En consonancia con lo expuesto, encontramos que el personal civil vinculado como servidor público al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hace parte de la excepción prevista en el artículo 279 de dicha norma y tiene como régimen aplicable el sistema general conforme al 273 ibidem, por ende, se **rige en su integralidad por las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social.**

Ahora bien, no obstante la excepción legal enunciada, el personal civil vinculado al Ministerio de Defensa Nacional percibe su asignación mensual de conformidad con las disposiciones que se mantienen vigentes respecto del régimen salarial contenido en el Decreto 1214 de 1990, por expresa disposición del artículo 114 del Decreto 1792 de 2000.

En este punto es preciso señalar, que el mantener vigente el régimen salarial para liquidar la asignación básica mensual con las partidas, primas y subsidios establecidas en los artículos 38, 39, 46 y 49 del Decreto 1214/90, **NO implica que la liquidación de aportes al sistema general de pensiones deba realizarse con las disposiciones del régimen especial**, como quiera que el legislador estableció claramente las excepciones.

Refuerza esta postura el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública No. 52341 del 21 de febrero de 2019, que invoca la jurisprudencia del Consejo de Estado para señalar:

“Por su parte el Consejo de Estado, respecto al régimen aplicable para determinar el Ingreso Base de Cotización de los servidores públicos, dispuso:

“INGRESO BASE DE COTIZACION PENSIONAL – Concepto

Como cotización o aporte se entiende que es el pago que efectúa el trabajador y su empleador, o sólo el primero en el caso de ser contratista o independiente, para tener

derecho, previo el cumplimiento de los requisitos legales, a los beneficios que el régimen pensional consagra. La medida para determinar el aporte se conoce como ingreso base de cotización (Ibc), el cual en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (artículo 19 de la ley 100 de 1993). Para los servidores del sector público el ingreso base de cotización “será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992” (artículos 18 de la ley 100 de 1993, 5º ley 797 de 2003.) (Subrayado fuera del texto)

De las normas y jurisprudencia citadas, se puede inferir que el Legislador buscó unificar el Sistema General de Seguridad Social para todos los habitantes del territorio nacional, tal y como se desprende del artículo 11; así las cosas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 691 de 1994 que en su artículo 6º modificado por el artículo 1º de la (sic) Ley 1158 del mismo año, estableció:

(...)

Igualmente el artículo 65 del Decreto 806 de 1998, serán los establecidos para el Sistema General de Pensiones, así: ARTÍCULO 65. BASE DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON VINCULACIÓN CONTRACTUAL, LEGAL Y REGLAMENTARIA Y LOS PENSIONADOS. Las cotizaciones para el en ningún caso podrán ser inferiores al equivalente al 12% de un salario mínimo legal mensual vigente.

Para los servidores públicos las cotizaciones se calcularán con base en lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen. (Subrayado fuera del texto)

(...)

De lo expuesto se concluye, que los factores salariales que se tendrán en cuenta para la liquidación del aporte a los Sistemas Generales de Pensiones serán los mismos establecidos en el Decreto 1158 de 1994”.

Acceder a la liquidación de aportes del sistema general de pensiones con las partidas del régimen especial que componen la asignación básica mensual de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional (Dec. 1214/90), implica un quebrantamiento del ordenamiento jurídico que desconocería flagrantemente el principio de inescindibilidad normativa consistente en tomar apartes favorables de uno u otro régimen para liquidar salarios, prestaciones y pensiones, **creando un tercer régimen insostenible y de gran impacto fiscal**, sobre el cual no se han venido realizando los aportes, teniendo que apartarse la administración de su actuación legal en la forma de liquidar establecida para todos los servidores públicos que pertenecen al régimen general.

6. Del Principio de Inescindibilidad normativa.

No puede pretender la parte actora, que el Ministerio de Defensa Nacional desconozca la reglamentación de la Ley 100 de 1993, a través de los Decretos 691 y 1158 de 1994, pues por expresa disposición contenida en el artículo 15 numeral 1º, todos los servidores públicos fueron afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones. En ese entendido el Consejo de Estado ha manifestado en algunos de sus pronunciamientos⁵:

5.5.1. En la sentencia SU-023 del 5 de abril de 2018, la Corte Constitucional se refirió a la **imposibilidad de aplicar en materia de transición los principios de favorabilidad e inescindibilidad del régimen pensional**, así como el principio de confianza legítima, dado que el IBL y el periodo de causación de las pensiones habían sido expresamente regulados por el legislador, en atención a la libertad de

⁵ Sentencia Rad. No.: 11001-03-15-000-2017-02988-00(AC) del 18 de julio 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

configuración legislativa y a que se trataba de simples expectativas, no de derechos adquiridos o expectativas legítimas.

...

5.5.4. De otro lado, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia SU-023 de 2018, tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de lugar, per se, al **desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma**.

En palabras de la Corte, “si bien es cierto que las disposiciones deben aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido, también lo es que **aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición**, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

Así las cosas, fue el legislador el que estableció expresamente que el IBL debía calcularse de acuerdo con las reglas de la Ley 100 y no con las del régimen pensional anterior, por lo que no se trata del fraccionamiento de un régimen, sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, amén, agrega la Sección, que la **inescindibilidad supone que deben protegerse los derechos adquiridos y excepcionalmente expectativas legítimas**, que en entendido del legislador y de la Corte son la edad, el tiempo de servicio o de cotización y la tasa de reemplazo.

...

En todo caso, como se expuso, si se aplicara el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 para efectos de calcular el IBL, como lo afirma la Corte, o el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, se llega a la misma conclusión: **las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se deben liquidar sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes o, en palabras de la Ley 100 (artículo 21), sobre los factores cotizados**. Conclusión a la que se llega igualmente si se aplica el Acto Legislativo 01 de 2015 que prevé expresamente el **deber de liquidar las pensiones sobre los factores salariales cotizados –no sobre los devengados–**, norma constitucional de aplicación inmediata,...” (Negrilla y subrayas propias)

Reiterativa es la jurisprudencia referente a que las pensiones se deben liquidar sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, tal como lo consagró el acto legislativo 1 de 2005. En igual sentido, frente al principio de inescindibilidad o conglobamiento que se desprende del principio de favorabilidad, el H. Consejo de Estado⁶ ha manifestado:

105. De lo anterior, se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

106. De manera que no podría predicarse una tensión de principios entre la favorabilidad y la inescindibilidad, en atención a que el principio de favorabilidad tiene un mayor peso en atención a las normas constitucionales y convencionales que lo consagran como un principio rector en materia laboral, del cual se deriva incluso, el de la inescindibilidad.

⁶ Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018, Rad. 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16) del 1 de marzo 2018, sentencia de unificación por importancia jurídica.

107. Por otra parte, la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y en ese sentido se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente, y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, **quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro.** (Negrillas propias)

La legalidad de los Decretos acusados en concordancia con la actuación de la administración, no entra en conflicto con la favorabilidad, la inescindibilidad y/o la condición más beneficiosa del trabajador, por el contrario, la armonización de las normas del régimen especial con las disposiciones del sistema general, que aparentemente están en discordancia, corresponden a una equívoca interpretación subjetiva del demandante, en la medida en que el análisis de los aportes a pensiones se realiza de forma integral en el marco de la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, donde se destaca el deber de liquidar las pensiones sobre los factores salariales cotizados, no sobre los devengados.

7. De los aportes en el sistema general de pensiones.

El artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, en su inciso 6° señala "**Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.** Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión". (Negrilla propia)

Disposición normativa que ya se encontraba consagrada desde la expedición de la Ley 100 de 1993, en su artículo 13 y que en análisis de la Corte Constitucional⁷, se pronunciara al respecto:

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La Sentencia SU-1073 de 2012, al estudiar la cuestión de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que ésta sólo podrá realizarse sobre el pago de las mesadas que no haya prescrito en los términos del Código Sustantivo del Trabajo (tres años).

*En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los **principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado**, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual **el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL**, y, por tanto, el régimen de transición **no***

⁷ Ver Sentencia SU-395/17.

reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Dicho análisis se hace extensible al caso que nos ocupa en la medida en que debe existir correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, aunado a que no deben ser aplicables los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en gracia de discusión, todas aquellas partidas, primas y subsidios que establece el Decreto 1214 de 1990.

En el mismo sentido el Consejo de Estado unificó su postura jurisprudencial⁸, al determinar el Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, destacando lo siguiente:

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Conclusión a la que llegó la alta corporación al esbozar el principio de solidaridad consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. Siendo pertinente resaltar:

*98. El artículo 48 constitucional 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”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.*

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

⁸ Sentencia de Unificación 52001-23-33-000-2012-00143-01 del 28 de agosto 2018, C.P. Cesar Palomino Cortés.

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. (Negrillas propias)

Contrario sensu, se generaría una **afectación a la sostenibilidad fiscal del sistema pensional**, en los términos de la Corte Constitucional⁹:

*Es entonces comprensible y razonable que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer lugar, del cálculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, periodos de fidelidad, plazos de carencia, cotizaciones voluntarias, rendimientos financieros, etc.; y en segundo término, del subsidio del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social. Así se reconoce expresamente en el artículo 48 del Texto Superior, conforme a las modificaciones efectuadas por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, en los siguientes términos: “El Estado garantizará los derechos, la **sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.”*

Queda en cabeza de los órganos del Estado, armonizar la garantía de los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, con apremio a la solidaridad de los beneficiarios. Otro pronunciamiento de la alta corporación¹⁰, se refiere en los siguientes términos:

En la sentencia C-155 de 1995, la Corte revisó la constitucionalidad de los artículos 2 de la Ley 4a. de 1976 y el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que establecieron topes de 22 y 15 SMLMV a las pensiones. En lo pertinente señaló que el Congreso podía establecer los límites dentro de los cuales se compensa la prestación pensional a la cotización en razón a la sostenibilidad financiera del sistema y al principio de solidaridad. Asimismo, afirmó que ese ámbito de configuración legislativa incluye la posibilidad de cambiar los elementos normativos o requisitos para acceder a la pensión y las condiciones sobre las que cotiza, lo cual comprende la existencia de topes en la base de cotización.

⁹ Sentencia C-111/06.

¹⁰ Sentencia C-078/17.

Sobre el análisis de constitucionalidad relacionado con el establecimiento legal de un límite en el ingreso base de cotización de 25 SMLMV no vulnera el artículo 48 de la Constitución, de la misma providencia se pone de presente un aspecto fundamental para el análisis del operador judicial, veamos:

En ese orden, de la lectura de la norma se establecen dos factores que inciden directamente en el monto de la pensión, los límites del IBC y el porcentaje de cotización en los casos de salario integral. Entonces, aparte del tope del IBC que prevé la norma, los dos elementos que también tienen una relación directa en la determinación del monto de la pensión son: (i) en los casos de salario integral la cotización sobre el 70% del salario, que también establece la norma; y (ii) el ingreso base de liquidación que corresponde a un porcentaje que aumentará hasta un máximo de 80%, según el número de semanas cotizadas que se establece en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003[86]. No obstante, ese porcentaje o ingreso base de liquidación se liquida sobre el promedio de los últimos 10 años del salario cotizado, es decir por un tope aplicable de 25 SMLMV[87]. De modo que, es innegable que la determinación del límite en el IBC es un elemento fundamental para establecer el monto de la pensión.

*Así las cosas, el establecimiento del tope en el IBC está directamente ligado con los límites pensionales y responde a los **principios de solidaridad, de universalidad y de sostenibilidad financiera, así como para proteger la sostenibilidad fiscal y el empleo calificado.** (Negrillas propias)*

Podemos concluir entonces, que el sistema pensional se compone del beneficio recíproco entre lo cotizado y lo liquidado, no siendo viable pretender que el Estado incremente *prima facie* los aportes que mejoren individualmente la base de cotización para la pensión, desconociendo la normatividad y la jurisprudencia ya establecida para garantizar la continuidad del sistema general de pensiones.

IV. PRESCRIPCIÓN

Finalmente, y sin que implique reconocimiento de derecho alguno, como lo que se pretende es que se reliquiden los aportes al sistema general de pensiones con las partidas que acompañan la asignación básica mensual establecidas en el Decreto 1214/90, operaría el fenómeno de **PRESCRIPCIÓN** pues se encontrarían prescritos los aportes y las prestaciones sociales por el paso del tiempo sin que el demandante hubiese reclamado. Ya que la parte actora debió haber solicitado el reajuste desde el momento en que se vio desmejorada o en su defecto haber demandado la legalidad de los actos acusados en que se ampara la administración para liquidar los aportes a seguridad social, acción que no efectuó el demandante.

V. ANÁLISIS DEL CASO

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, encontramos que el demandante se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional a partir del año 1999; su liquidación salarial se ha venido efectuando con la asignación básica mensual que anualmente Decreta el Gobierno Nacional de conformidad con el grado que ostenta, siendo incrementado por las primas y subsidios que establece el Decreto 1214/90, prima de actividad (art. 38), subsidio de alimentación (art. 39), prima de servicio (art. 46) y subsidio familiar (art. 49), las cuales NO constituyen factor salarial.

Debido a lo anterior y como quiera que el demandante hace parte del Sistema

General de Seguridad Social, por afiliación obligatoria dispuesta en el art. 15 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de aportes al Sistema General de Pensiones se efectúa de conformidad con lo establecido en el art. 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el art. 1 del Decreto 1158 de 1994. De ésta manera la actuación de la administración en el pago de aportes a pensión del servidor público, se encuentra ajustada a derecho en razón a **i)** la presunción de legalidad de los citados Decretos reglamentarios y de conformidad con los pronunciamientos judiciales enunciados frente a la libertad de configuración del legislador para definir cuales partidas constituyen factor salarial y cuáles no; **ii)** la inescindibilidad normativa para aplicar en su integralidad un sólo régimen, sin pretender tomar apartes favorables de uno y otro; **iii)** el análisis de los aportes al sistema general de pensiones donde se predica legal y jurisprudencialmente que se deben liquidar sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes y la correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, acogiendo el principio de solidaridad para evitar una afectación a la sostenibilidad fiscal del sistema pensional.

VI. PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente al despacho negar las pretensiones del demandante, por cuanto es evidente que la actuación de la administración se ha efectuado acorde al principio de legalidad, sin que se hayan transgredido o vulnerado derechos laborales ni de seguridad social.

VII. PRUEBAS

De manera respetuosa me permito solicitar al despacho se decrete y tenga como prueba, la documentación que se aporta con la contestación de la demanda allegada por la Coordinación de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional y que relaciono a continuación:

1. Anexo 1. Antecedentes administrativos (10 folios)
2. Anexo 2. Extracto hoja de vida (8 folios)
3. Anexo 3. Certificación salarial 2007 - 2021 (122 folios)

VIII. ANEXOS

Adjunto a este documento estoy aportando poder debidamente conferido a mi favor por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, con los documentos de representación judicial correspondientes.

IX. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 57 No. 43-28, Puerta 8, CAN - Ministerio de Defensa Nacional, adicionalmente al correo electrónico reyzon.hernandez@mindefensa.gov.co, y notificaciones a la entidad en el correo notificaciones.bogota@mindenfensa.gov.co.

Del honorable Magistrado,



REYZON ALEXANDER HERNANDEZ LANCHEROS

C.C. No. 86.085.587 de Villavicencio

T.P. 236.102 del C.S.J.

Celular 305 3171281