



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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 11001-33-42-052-2017-00063-00
Demandantes: Leonardo Vega Turriago
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – IPC asignación básica

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Leonardo Vega Turriago a través de apoderado judicial en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Leonardo Vega Turriago, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del Oficio No. 17990 OAJ del 17 de agosto de 2016 mediante el cual la entidad demandada negó la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el reajuste de la asignación básica conforme al IPC para los años de 1997 a 2004.

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

1. Reajustar en el porcentaje que corresponda la asignación mensual de retiro del actor, con la diferencia económica de los aumentos salariales dejados de cancelar por la demandada para los años 1997 a 2004 con lo realmente reajustado y pagado en su asignación mensual de retiro, para ese año en adelante y hasta que se realice el pago atendiendo el principio de oscilación.

2. Condenar a la entidad accionada al pago de las sumas adeudadas indexadamente junto con los intereses moratorios.
3. Condenar al sujeto pasivo al pago de costas y agencia en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls.22-25):

El señor Leonardo Vega Turriago prestó sus servicios desde el 12 de febrero de 1990 hasta el 29 de noviembre de 2013 a la Policía Nacional.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, mediante la Resolución No. 504 del 11 de febrero de 2014, reconoció asignación de retiro al actor efectiva a partir del 1º de marzo del mismo año.

El demandante el 3 de agosto de 2016 presentó escrito en ejercicio del derecho de petición bajo el consecutivo No. 2016033090, mediante el cual solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en las diferencias económicas de los aumentos salariales dejados de cancelar por la demandada para los años 1997 a 2004 con lo realmente reajustado y pagado en su asignación mensual teniendo en cuenta el IPC y hasta que se realice el pago atendiendo el principio de oscilación.

La entidad accionada a través del Oficio No. 17990 OAJ del 17 de agosto de 2016 dio respuesta negativa a la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2º, 5º, 13, 25, 48 y 58 de la Constitución Política, Ley 4ª de 1992 y Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

Señaló que la entidad demandada con la expedición del acto demandado vulneró la Constitución Política al no incluir en la asignación de retiro del actor la correcta liquidación de la asignación básica percibida en actividad para los años de 1997 a 2004.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 45 a 47).

El apoderado del extremo pasivo, manifestó que conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado las asignaciones de retiro son susceptibles de reajuste con base en el IPC

cuando fueron reconocidas entre 1994 y 2004 ya que en ese periodo las diferencias decretadas por el Gobierno Nacional para esas prestaciones pensionales fueron inferiores al mencionado indicador.

En tal sentido, teniendo en cuenta la fecha en la cual el accionante obtuvo el derecho a percibir asignación de retiro no es susceptible del incremento con base en el IPC para las anualidades citadas.

Por ello, propuso la excepción que denominó "INEXISTENCIA DEL DERECHO".

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Frente a la excepción anotada, encuentra el Despacho que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad accionada, pero en ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual debe tenerse como alegaciones de la defensa y por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 22 de septiembre de 2017 (Fls.68-73), en la etapa de alegatos la parte demandada expuso sus alegatos de conclusión del minuto 9 y 58 segundos hasta el minuto 11 y 4 segundos de la grabación (fl.74).

El apoderado de la parte actora no asistió a la audiencia inicial.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 22 de septiembre de 2017 (Fls. 68 a 73), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reliquidada la asignación de retiro teniendo en cuenta el reajuste de la asignación básica que devengo en actividad para el periodo comprendido entre 1997 y 2004 con base en el IPC?

ACERVO PROBATORIO: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Resolución No. 504 del 11 de febrero de 2014, mediante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, reconoció asignación de retiro al actor efectiva a partir del 1° de marzo de 2014 (Fls. 4 - 5).
2. Hoja de servicios del accionante (Fl.6).
3. Escrito presentado por el señor Vega en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 3 de agosto de 2016, mediante el cual el solicitó el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC para los años 1997 a 2004 (Fls. 10 - 16).
4. Oficio No. 17990 del 17 de agosto de 2016, a través del cual la entidad accionada negó la anterior solicitud (Fls.17 - 18).
5. Antecedentes administrativos allegados por la entidad demandada en CD obrante a folio 48 del plenario.
6. Extracto de pagos del salario y de la asignación de retiro percibida por el accionante para los años de 1996 a 2016 (Fls.7 – 9)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis respecto de la normatividad que establece la escala salarial de los miembros de la Fuerza Pública y la manera en que se reajustan las asignaciones de retiro y/o pensiones de dicho personal.

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la Ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez, la Ley 4ª de 1992 (Ley marco) determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto de la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional, sostuvo:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

“(…)

“Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquél conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad”¹.

En ese sentido, en tratándose el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Ley 4ª de 1992 determinó en su artículo 3º que dicho régimen tendrá en cuenta cada grado, sus funciones y el tipo de remuneración será acorde con la prestación personal del servicio:

“Artículo 3º.- El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos”.

Por su parte el artículo 13 de la Ley en mención, ordenó la creación de una escala gradual porcentual, en la cual se estableciera la remuneración salarial respecto de los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública conforme a su grado de la siguiente manera:

“Artículo 13º.- En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2.”

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

En ese orden de ideas, en desarrollo de la anterior normativa, el Gobierno expidió anualmente los Decretos en los cuales fijó la escala gradual porcentual para los miembros de la Fuerza Pública donde determinó el porcentaje del sueldo básico de los miembros activos de cada grado tomando como base el grado de General y el Ministerio del Despacho en forma descendente.

Así pues, en concordancia con lo anterior fueron expedidos los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1463 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014 y 1028 de 2015.

En ese orden de ideas, el Gobierno año tras año realiza el reajuste de la asignación básica de cada uno de los miembros activos de la Fuerza Pública, con la expedición de los Decretos mencionados, teniendo en cuenta el reajuste realizado al Ministro del Despacho y al grado de General según el principio de oscilación.

Por otra parte, respecto al régimen pensional que rige a los miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública de la siguiente manera:

“Artículo 279.- Excepciones. El sistema integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”.

La anterior disposición fue adicionada por el parágrafo 4° artículo 1° de la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

“Parágrafo 4: Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículo 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”

Concordante con lo anterior y sobre el reajuste de las pensiones, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

“ARTÍCULO 14-. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones,

mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.”

Lo referido significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho al reajuste de sus pensiones y/o asignaciones de retiro teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para los años de 1997 a 2004, toda vez que el Decreto 4433 de 2004 retomó el sistema de oscilación como punto de partida para el reajuste de las prestaciones pensionales para los años subsiguientes.

Como se advierte, el reajuste de que trata la Ley 238 de 1995, se efectuó sobre el grupo poblacional de las Fuerzas Militares y de Policía que a la entrada en vigencia de dicha norma ostentaba la calidad de pensionados o que disfrutaban de asignación de retiro, toda vez que la Ley 100 de 1993 consagra el Sistema General de Pensiones, sin que en ningún momento regule temas salariales o prestacionales, aunado al hecho que como se indicó por disposición expresa de los artículos 150, 217 y 218 de la Constitución Política dichos miembros gozan de un régimen salarial y prestacional especial regulado por el Gobierno Nacional con sujeción a la Ley 4ª de 1992.

En efecto, para los años 1997 a 2004 el reajuste de las asignaciones básicas de los miembros activos de la Fuerza Pública se llevó a cabo teniendo en cuenta la escala gradual salarial porcentual según el principio de oscilación, mientras las pensiones y/o asignaciones de retiro de dicho grupo les fue reajustada con base en el IPC certificado por el DANE.

CASO CONCRETO.

Se advierte de la hoja de servicios No. 93085619 que el actor prestó sus servicios a la Policía Nacional desde 12 de febrero de 1990 hasta el 1º de marzo de 2014 (fl.6).

La entidad accionada mediante Resolución No. 504 del 11 de febrero de 2014, reconoció al señor Vega asignación de retiro efectiva a partir del 1º de marzo del mismo año (fls.5 a 6).

El sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad demandada el 3 de agosto de 2016 (fls.10 a 16) en el cual solicitó el reajuste de la asignación de retiro para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2004 conforme al IPC, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995.

En ese orden, conforme a lo señalado en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el reajuste de las asignaciones básicas de los miembros activos de la Fuerza Pública, lo establece el Gobierno Nacional anualmente, con sujeción a las normas criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992 según el principio de oscilación y que en tratándose del reajuste de las asignaciones de retiro y/o pensión, para el periodo solicitado por el actor (años 1997 a 2004), estas se realizaron en aplicación de lo señalado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995, es decir teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE.

En efecto, como se señaló la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995, se refieren exclusivamente al régimen prestacional de las asignaciones de retiro y/o pensión de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ellas se relacione el salario básico percibido en actividad por esos miembros.

Por lo anterior, atendiendo la situación concreta y particular del accionante se tiene que durante los años de 1997 a 2004, según la hoja de servicios (fl.6) estuvo vinculado a la Policía Nacional en servicio activo, es decir que para ese periodo percibía asignación básica la cual se reajustó conforme a los Decretos 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1463 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004 expedidos por el Gobierno Nacional en atención a lo dispuesto en los artículos 150, 217 y 218 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, es imposible efectuar el reajuste de la asignación de retiro del señor Vega según lo pretendido, dado a que el reajuste ordenado por la Ley 238 de 1995 se realizó sobre el grupo poblacional de las Fuerzas Militares y de Policía que a su entrada en vigencia ostentaban la calidad de pensionados o que disfrutaban de asignación de retiro, toda vez que la Ley 100 de 1993 consagra el Sistema General de Pensiones, sin que en ningún momento, se reitera regule temas salariales o prestacionales.

Ahora bien, no hay que perder de vista que este Despacho se encuentra estatuido para aplicar el ordenamiento jurídico y el derecho procesal tal como lo establece el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, sin que en ningún momento tenga la facultad de entrar a revisar las competencias otorgadas por la Constitución Política al legislador y al Gobierno Nacional en materia de la regulación del régimen salarial de las Fuerza Pública, toda vez que ello se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado quienes conocen de la acción de inconstitucionalidad y del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad respectivamente.

Así las cosas, el reajuste salarial realizado a los miembros activos de la Fuerza Pública con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional según la escala gradual porcentual para los años de 1997 a 2004, no fueron objeto de nulidad por parte del Consejo de Estado, por lo que se tiene que para el momento en que se aplicaron en cada una de las asignaciones básicas del referido grupo se encontraban acorde al ordenamiento jurídico, ya que habían sido expedidas con base en las facultades otorgadas al ejecutivo por disposición de la Constitución Política.

En tal sentido, el reajuste realizado a la asignación básica del actor para los años de 1997 a 2004 (fls.7 a 8), se llevó a cabo conforme los Decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, motivo por el cual no hay lugar a realizar un nuevo reajuste sobre esas anualidades que pudieran llegar a afectar el salario básico como partida computable de su asignación de retiro.

Por lo anterior, al no encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado se negaran las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del presente proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

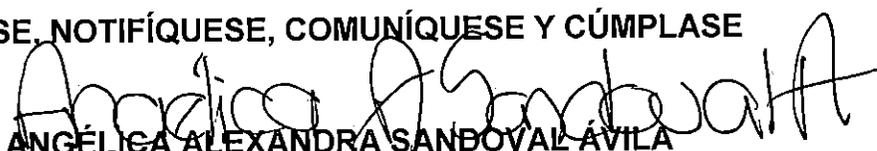
FALLA

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

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 15 de diciembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>89</u>.</p> <p> _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>



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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 11001-33-42-052-2016-000707-00
Demandantes: Carlos Alberto Sánchez Quiñonez
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Prima de antigüedad pensión de invalidez

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Carlos Alberto Sánchez Quiñonez a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el señor Carlos Alberto Sánchez Quiñonez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad del Oficio No. 27042 del 15 de abril de 2016 expedido por la entidad accionada, mediante el cual negó el reconocimiento y pago del reajuste de la prima de antigüedad conforme los términos de los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004.

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

- Liquidar la pensión de invalidez del accionante estableciendo el monto resultante de aplicar el porcentaje de dicha prestación a la asignación básica más el porcentaje de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

- Condenar al sujeto pasivo al pago de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de pensión de invalidez desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, con base en lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- Condenar a la entidad accionada al pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes de la prima de antigüedad a partir de la ejecutoria de la sentencia según los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
- Condenar al sujeto pasivo al pago de las gastos, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl.15):

El accionante prestó su servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

A partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro del servicio.

El actor en servicio activo sufrió una disminución de su capacidad laboral, lo que originó que tuviera que retirarse del Ejército Nacional.

En vista de lo anterior, la entidad accionada mediante la Resolución No. 3600 del 2 de diciembre de 2008 reconoció pensión de invalidez al señor Sánchez.

El accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante el extremo pasivo el 8 de abril de 2016 en el cual solicitó liquidar su pensión de invalidez conforme lo indica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir que al valor resultante de aplicar el porcentaje de dicha prestación de la asignación básica se le adicione un 38.5% como prima de antigüedad.

La entidad demandada a través del Oficio No. 27042 del 15 de abril de 2016 negó la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992, Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

Afirmó el mandatario del actor que la forma en la que la demandada liquidó la pensión de invalidez afectó tres veces la partida computable de prima de antigüedad, toda vez que a la asignación básica le sacó el 58.5% que es el máximo porcentaje que se reconoció por la referida prima, al valor resultante le aplicó el porcentaje que indica el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 y a ese monto lo dividió sobre la tasa de reemplazo a que tiene derecho conforme a la disminución de la capacidad laboral.

No obstante, a juicio del anotado apoderado la liquidación de la pensión de invalidez debió realizarse tomando la asignación básica correspondiente a un soldado profesional sobre ese valor aplicar el porcentaje que corresponda según la disminución de capacidad laboral y a la suma resultante adicionar el porcentaje de prima de actividad establecido en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.53 a 58).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la liquidación de la pensión de invalidez se efectuó conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 22 de septiembre de 2017 (Fls.75-79), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión del minuto 10 y 20 segundos hasta el minuto 11 y 30 segundos (fl.79).

La parte demandada no asistió a la audiencia inicial.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 22 de septiembre de 2017 (Fls. 75 a 79), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho al sujeto activo a que le sea reliquidada su pensión de invalidez teniendo en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo señala el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 8 de abril de 2016, en el cual, el actor solicitó la reliquidación de su pensión de invalidez (Fls. 2 a 4).
2. Oficio No. 270042 del 15 de abril de 2016, mediante el cual la entidad demandada, negó la anterior petición (Fls.6 a 7).
3. Resolución No. 3600 del 2 de diciembre 2008, a través del cual, la parte demandada reconoció al accionante pensión de invalidez teniendo en cuenta como partidas computables el salario básico y la prima de antigüedad (Fls.8 a 9)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis respecto de la normatividad que establece la forma en la cual se debe realizar la liquidación de la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales.

Así las cosas, la Ley 131 de 1985, estableció que las personas que hayan terminado la prestación de su servicio militar y manifiestan su deseo de continuar en la institución castrense prestando sus servicios como soldados voluntarios; quedarían sujetos a las disposiciones que consagran todo el régimen jurídico aplicable a los soldados de las Fuerzas Militares.

Sobre el particular, la mencionada Ley en sus artículos 2° y 3° consagró:

“ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

PARÁGRAFO 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

*ARTÍCULO 3o. Las personas a que se refiere el artículo 2o. de la presente Ley, **quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios**, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, **al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares** y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley”. (Negrillas extra – texto)*

Posteriormente, el Congreso de la República mediante la Ley 578 de 2000, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República, “*para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”.

Así las cosas, la máxima autoridad de la Nación, en uso de las facultades señaladas, profirió el Decreto 1793 de 2000 mediante el cual expidió el Régimen de Carrera y el Estatuto del Personal de los Soldados Profesional de las Fuerzas Militares, dentro del cual estableció el proceso de selección para los mismos y a su vez señaló la incorporación de los soldados voluntarios a la categoría de profesionales.

Lo anterior, se encuentra contenido en los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto en mención, de la siguiente forma:

“ARTICULO 3. INCORPORACION. La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de la (sic) fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.”

“ARTICULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACION. Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:

- a) Ser colombiano.*
- b) Inscribirse en el respectivo Distrito Militar*
- c) Ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho.*
- d) Ser mayor de 18 años y menor de 24 años.*
- e) Acreditar quinto grado de educación básica o en su defecto presentar ante el Comando de la Fuerza un examen de conocimientos básicos.*
- f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.*
- g) Reunir las condiciones psicofísicas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el personal de las Fuerzas Militares.”*

“ARTICULO 5. SELECCION. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa (sic) realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.”

El Decreto 1793 de 2000, a su vez estableció en su artículo 38 que el Gobierno Nacional expedirá el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos y en su artículo 42 señaló que dicha disposición sería aplicable tanto a los soldados profesionales que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos profesionales que ingresaron a las Fuerzas Militares.

Como se indicó antes, el Presidente de la República, en atención a lo estipulado en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, expidió el Decreto 1794 del mismo año, mediante el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales y de igual forma dispuso que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 que expresaran su intención de ser soldados profesionales, iban a ser incorporados a partir del 1º de enero de 2001 y les sería aplicable integralmente el régimen previsto en esa disposición normativa.

Determinado de tal forma el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, se tiene que en tratándose de la liquidación de los factores salariales para el reconocimiento de pensión de invalidez, la norma aplicable a la situación concreta y particular del accionante es el Decreto 4433 de 2004.

El referido Decreto en su artículo 30 establece la forma en la cual se debe reconocer y liquidar la pensión de invalidez de los soldados profesionales de la siguiente manera:

*“Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, **liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:***

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.” (Negrillas fuera del texto original)

Conforme lo anterior, para la liquidación de la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales se debe tener en cuenta las partidas computables señaladas para esos miembros en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 sobre las cuales se aplicará la tasa de reemplazo que corresponda según la disminución de la capacidad laboral.

El anotado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 señala como partidas computables las siguientes:

“13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto.

(...)” (subrayado fuera del texto).

Respecto a la liquidación de la prima de antigüedad como partida computable de las pensiones de invalidez el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 señala:

“Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.” (Negritas fuera de texto)

En tratándose de las asignaciones de retiro la liquidación de la prima de antigüedad para los Soldados Profesionales se encuentra regulada por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 bajo el siguiente tenor:

“ARTÍCULO 16 ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Negrillas extra – texto).

En ese orden de ideas, los Soldados Profesionales que en servicio activo adquirieron la disminución de su capacidad laboral dependiendo del porcentaje tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuya cuantía se determinara de las partidas computables: asignación básica y el porcentaje de la prima antigüedad, suma a la cual se le aplicara la tasa de reemplazo que corresponda.

En efecto, en tratándose de un Soldado Profesional que adquirió la disminución de la capacidad laboral cuando llevaba más de 11 años al servicio del Ejército Nacional, la liquidación de su pensión de invalidez se efectuara tomando la asignación básica que devengaba en servicio activo sumado al 38.5 % de la misma por concepto de prima de antigüedad según los términos de los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004 y a la suma resultante se aplica la tasa de reemplazo que corresponda según el porcentaje de disminución de capacidad laboral.

CASO CONCRETO.

Conforme a las pretensiones de la demanda y la fijación del litigio anotada en líneas anteriores, entra el Despacho a determinar si la liquidación de la prima de antigüedad como partida computable de la pensión de invalidez de la parte actora fue efectuada correctamente.

Advierte el Despacho que al señor Carlos Alberto Sánchez Quiñones le fue reconocida pensión de invalidez por la entidad accionada mediante la Resolución 3600 del 2 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta que se le determinó una disminución de su capacidad laboral del 67.56% en cuantía de \$461.500.00 pesos (fl.8).

Para la liquidación de la pensión de invalidez del actor, el sujeto pasivo tuvo en cuenta como partidas computables los valores percibidos como asignación básica y la prima de antigüedad, suma a la que se le aplicó la tasa de reemplazo que correspondió al 50% por el porcentaje de disminución de capacidad laboral.

No obstante, al resultar el valor de la operación anterior inferior al salario mínimo legal vigente para el año 2008 la pensión de invalidez se reconoció conforme a la bonificación mínima para el año en mención.

El accionante, inconforme con la liquidación que se efectuó sobre la partida computable de prima de antigüedad elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 8 de abril de 2016 ante la entidad accionada (fls.2 a 4).

Como fundamentó de la anterior petición señaló el actor que su pensión de invalidez debió liquidarse según los términos de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, es decir para su concepto a la asignación básica que percibía en actividad debió aplicarse el porcentaje correspondiente por la disminución de la capacidad (50%) y al valor resultante aplicarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Dentro del concepto de violación, el accionante reiteró lo anterior, señalando además que la liquidación realizada por la entidad accionada afectaba tres veces la prima de antigüedad ya que a la asignación básica percibida en actividad le sacó el 58.5% que es el máximo porcentaje que tenía reconocido el actor en servicio, al valor resultante le aplicó el porcentaje que indica el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 y ese monto lo dividió sobre la tasa de reemplazo a que tiene derecho conforme a la disminución de la capacidad laboral es decir el 50%.

La entidad accionada mediante el Oficio No. 3600 del 2 de diciembre de 2008 dio respuesta negativa a la anterior petición bajo el fundamento que liquidó correctamente la prima de antigüedad conforme el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1794 de 2000 para lo cual allegó el siguiente gráfico (fl.7):

Salario mensual	% prima de antigüedad devengado en actividad	% de prima de antigüedad liquidado según Decretos 1794/2000 – 4433 de 2004	Total a pagar " salario mensual + % liquidado
\$646.100.00	38.5%	58.5%	\$791.618
	\$248.749	\$145.518	

Liquidación pensión (50%)			Valor Pensión Final \$461.500
------------------------------	--	--	----------------------------------

Con base en lo anterior, se tiene que la entidad accionada para liquidar la pensión de invalidez del accionante partió del salario básico devengado en actividad para el año 2008, (año de reconocimiento de la referida prestación pensional) la cual ascendía a \$646.100.00 teniendo en cuenta que para esa anualidad el salario mínimo legal vigente era de \$461.500 valor adicionado por el 40% del mismo salario según los términos del Decretos 1794 de 2000; a esa suma le aplicó el 38.5% conforme lo señala el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 por concepto de prima de antigüedad, atendiendo que el actor había prestado sus servicios por más de 11 años al Ejército Nacional y finalmente al emolumento resultante le aplicó el 58.5% que era el valor que venía percibiendo en actividad por la referida prima.

Ahora bien, conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, a efectos de liquidar la pensión de invalidez del actor atendiendo que prestó sus servicios al Ejército Nacional por más de 11 años en calidad de Soldado Profesional debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, según el cual las partidas computables para determinar el IBL de referida prestación pensional son las señaladas en el artículo 13 ibídem es decir, asignación básica y el porcentaje de la prima de antigüedad (38.5%), suma a la cual se le aplicará como tasa de reemplazo del 50% con base en el porcentaje de disminución de capacidad laboral del accionante.

En tratándose de la prima de antigüedad, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 señala que la misma se liquidara según *"los porcentajes previstos en el artículo 18"*, artículo que advierte que para los soldados profesionales que prestaron sus servicios por más de 11 años le corresponde el 38.5% de la asignación básica.

En ese orden de ideas, la liquidación de la pensión de invalidez del accionante debió liquidarse teniendo en cuenta el salario básico percibido en actividad, esto es \$646.100 para el año 2008, suma a la cual se debió aplicar el 38.5% por prima de antigüedad, operación que arrojó el valor de \$ 248.798.5 por lo cual el IBL de la prestación pensional del señor Sánchez ascendía a \$894.848.5, cuantía a la que se le debió aplicar el 50% como tasa de reemplazo según su disminución de capacidad laboral, lo cual da como resultado la suma de \$447.424.25.

Como se indicó, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2008 correspondía a \$461.500.00, es decir que el valor arrojado con la correcta liquidación de la pensión de invalidez del accionante (\$447.424.25.) es inferior a dicho salario por lo cual de todas formas la referida prestación pensional iba ser reconocida con ese salario como en efecto lo realizó la accionada en la Resolución No. 3600 del 2 de diciembre de 2008 (fl.8).

En tal sentido, si bien le asiste razón al accionante que la liquidación efectuada por la entidad demandada afecta triple vez la partida computable de prima de antigüedad, también lo es que la correcta liquidación de la pensión de invalidez sigue siendo inferior al salario mínimo legal vigente motivo por el cual la cuantía reconocida por dicha prestación pensional sigue siendo la señalada en la Resolución No. 3600 del 2 de diciembre de 2008 con sus correspondientes ajustes anuales de conformidad a lo señalado en la Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año.

Ahora bien, el Juzgado resalta que no es posible efectuar la liquidación de la pensión de invalidez según los términos indicados por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como lo pretende el accionante ya que como se indicó la liquidación de esa prestación pensional se encuentra regulada por el artículo 30 ibídem que remite a los artículos 13 y 18 de la misma disposición normativa, siendo además que el anotado artículo 16 hace referencia exclusivamente a las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales sin hacer extensivo su tenor a los demás miembros de la Fuerza Pública o a otras pensiones.

En ese orden de ideas, se reitera que si bien la entidad accionada no efectuó correctamente la liquidación de la pensión de invalidez del actor, también lo es que viene cancelado la referida prestación pensional con base en el salario mínimo legal mensual vigente en aplicación de la Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, es decir por el mismo valor por el cual se hubiera reconocido la pensión según los términos de los artículos 30, 13 y 16 del Decreto en mención, motivo por el cual no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del presente proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

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

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 15 de diciembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. </p> <p>_____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
--



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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00688-00
Demandante: MARÍA CLARA MOYA SERRATO
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de
primera instancia – Reliquidación Pensional y
Descuentos en Salud

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Clara Moya Serrato en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora María Clara Moya Serrato, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de la Resolución No. 5843 del 29 de agosto de 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la revisión de su pensión de vejez.

Se tenga como configurado el acto ficto negativo en consideración a que la Fiduciaria La Previsora S.A. no se pronunció de fondo respecto de la petición elevada el 22 de enero de 2016, mediante el cual se solicitó la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

Se declare la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Fiduciaria La Previsora S.A. no contestó de fondo la solicitud elevada

el 22 de enero de 2016, mediante la cual solicitó el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

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

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio es decir 6 de agosto de 2015, en aplicación de la Ley 71 de 1988.

Efectuar el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.

Suspender el descuento de los valores correspondientes a salud sobre las mesadas adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia.

Reconocer y pagar el valor de los reajustes que se causen conforme lo solicitado, descontando lo que ya se haya pagado.

Que se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas con aplicación de los porcentajes del IPC desde el reconocimiento de la pensión y hasta que se haga efectivo el pago, conforme los artículos 187 y 192 del CPACA.

Condenar a las entidades demandadas al pago de costas procesales en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls.24-26):

La demandante nació el 19 de octubre de 1957, cotizó al sistema pensional desde el 28 de febrero de 1985, para el año 2012 tenía más de 55 años de edad y cumplió con el requisito de los 20 años de servicio o cotizaciones al sistema pensional.

Mediante Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015, la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la actora.

A partir del pago de la primera mesada pensional se ha venido descontado por salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

La accionante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 5 de junio de 2016, a través de la cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, el reintegro y suspenso de los valores correspondientes a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Mediante Resolución No. 5843 del 29 de agosto de 2016, la entidad demandada negó la anterior solicitud.

A través de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 22 de enero de 2016, la parte actora solicitó a la FIDUPREVISORA S.A., el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud, sin que a la fecha se haya dado respuesta de fondo.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, Ley 57 y 153 de 1887, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Decreto 1073 de 2002 y Ley 100 de 1993.

Señaló la apoderada de la parte actora que la señora María Clara Moya Serrato tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

Afirmó que la entidad demanda al no reajustar su pensión en los términos antes referidos, esta incurriendo en errores de derecho los cuales se pueden advertir en los actos administrativos acusados.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado que refieren al reajuste pensional y descuentos de los valores por concepto de salud.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora S.A. guardaron silencio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 14 de julio del año en curso (Fls.62 a 67), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 10 y 56 segundos hasta el minuto 14 y 30 segundos) y la parte accionada (del minuto 15 y 10 segundos hasta el minuto 15 y 30 segundos), de la grabación visible a folio 68 del expediente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 14 de julio de 2017 (Fls. 64 a 65), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el 22 de enero de 2016?
2. ¿ Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reliquiada su pensión de jubilación teniendo en cuenta lo establecido por la Ley 71 de 1988, esto es incluyendo la tasa de reemplazo y los factores salariales devengados en el último año a la prestación de los servicios?

3. ¿Le asiste el derecho a la demandante que se le reintegren los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho pensional y hasta la sentencia?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Moya (Fls. 2 a 6).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 14 de abril de 2015, mediante el cual la accionante interpuso recurso reposición en contra del anterior acto administrativo (Fl.7)

2.3. Resolución No. 2509 del 29 de abril de 2015, FONPREMAG negó el recurso de reposición interpuesto por la parte actora (Fls. 8 a 9).

2.4. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 5 de julio de 2016 a través del cual la accionante solicitó la revisión de su pensión de vejez, la suspensión y reintegro de los aportes a salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (Fls.11 a 13).

2.5. Resolución No. 5843 del 29 de agosto de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG negó la anterior petición (Fls.14 a 16).

2.6. Escrito presentado en ejercicio del derecho petición el 22 de enero de 2016 ante la Fiduciaria La Previsora S.A. en el cual solicitó la suspensión y devolución de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (Fl.17).

2.7. Copia simple del documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS", en el que se indican los factores salariales devengados por la accionante (Fl.18).

2.8. Copia simple del documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL", en el que se indica el tiempo de servicios laborado por la parte actora (Fl.19).

2.9. Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones por el sujeto activo proferida por COLPENSIONES (Fls.20 a 21)

2.10. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora María Clara Moya Serrato (Fl. 22).

2.11. Extracto de pagos expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. donde se evidencia los descuentos en salud (Fl.77).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, en segundo lugar analizar el régimen que regula la pensión de los docentes, el régimen de transición establecido en el Ley 100 de 1993, y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 71 de 1988. Finalmente, en tercer lugar estudiar la normativa aplicable respecto a los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la parte actora ante la Fiduciaria La Previsora S.A., tiene fecha de radicación del 22 de enero de 2016, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

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

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

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

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

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

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

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

agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL DE LOS DOCENTES

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

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

Al respecto, el Consejo de Estado², señaló:

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

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

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

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

² Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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

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

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

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

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003) el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

Por tanto, los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY 100 DE 1993

Al respecto, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Negrilla fuera de texto). (...)."

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la accionante cotizó en el sector público y privado, es necesario observar la pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, esto es con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

LEY 71 DE 1988

El régimen que establece la pensión por aportes en su artículo 7º dispuso:

*“ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, **tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”. (Negrillas fuera de texto)

Disposición reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 20 estableció:

“Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

- a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;*
- b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.*
- c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;*
- d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez”.*

No obstante, el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, derogó en su integridad el artículo que precede.

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y como requisito para acceder a la mencionada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en

cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social y ante el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, en lo que refiere al ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 9° de la Ley 71 de 1988, discurrió:

*“Artículo 9 .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, **tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.***

(...).”

(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 8° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, señaló:

“Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”

A su vez, el artículo 6° ibídem, preceptuó:

“Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”

No obstante, el citado artículo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, generándose de esta manera un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la pensión por aportes.

Al respecto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el expediente con número de radicado 2427-2011, en sentencia de 15 de mayo de 2014, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, bajo los siguientes argumentos:

“(…) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en

virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura "cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." (...)

Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

*Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.
(...)"*

Así las cosas, en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, es posible dar aplicación al artículo 6º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación para efectos de liquidar las pensiones por aportes.

De lo anterior, se colige que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe tener en cuenta como base el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en un 75%.

- DE LOS FACTORES SALARIALES

El Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los que deben

constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que son aquellos que de manera habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios, anotando lo que sigue:

*“(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)”.*³
(Negrillas fuera de texto).

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁴, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

Por otra parte, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

“(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por

³ *Ibidem.*

⁴ Sec 2ª, Subsección A, CP, Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado.”

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.”

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

"Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

(...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año

anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

"(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de n2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...)"

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

- ¿Si le asiste derecho a la demandante a que le sea indexada el valor de la primera mesada pensional? "(...)"

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁵ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes

⁵ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. *En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁶.*

6.13. *Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario⁷, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."*

6.14. *En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."*⁸

(...)"

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser más significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *"produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación"*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del

⁶ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁷ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

⁸ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

(...)
Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde "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. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". [Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013".

(...)"

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe

defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral. (...)

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera íntegra y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios según la norma que aplique a su situación particular y concreta.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

(...)
Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere

expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)"

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

A continuación, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en

virtud “del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, señaló lo siguiente:

“(…)

Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(…) ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política^(…).

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

(…)”.

Finalmente, la Corte Constitucional mediante auto 229 del 10 de mayo de 2017, declaró la nulidad de la sentencia T-615 de 2016 por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, contra el auto referido, se presentaron salvamentos de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016 son distintos a los presentados en las sentencias T-078 de 2014, C-168 de 1995 y C-258 de 2013, motivo por el cual no se puede manifestar que está desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es el dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias y unificar el precedente ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a unos miembros de la Controlaría General de Republica, motivo por el cual el Despacho continua acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

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

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

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y

b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

***Parágrafo.** Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."*

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

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

"Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

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

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

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

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

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

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de

aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

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

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

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección “C”, de fecha 3 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Ilvar Nelson Arévalo Perico, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros, accedió a las súplicas de la demanda, en la cual revocó una decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

“DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES

(...)

En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.

Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.”

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

“sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:

“En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)

II. se responde.

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada”

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

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

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.

(...)

En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora María Clara Moya Serrato, actuando a través de apoderada judicial, depreca la nulidad de la Resolución No. 5843 del 29 de agosto de 2016, mediante la cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reajuste de su pensión de vejez

teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Igualmente, solicitó la nulidad del acto ficto negativo que surgió frente a la petición radicada el 22 de enero de 2016, mediante la cual solicitó a la Fiduciaria La Previsora S.A. la devolución y suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester resolver en primer lugar si se encuentra configurado el acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto a la petición radicada por la actora ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 22 de enero de 2016. En segundo lugar, si la demandante tiene derecho a que su pensión sea reajustada con los factores salariales devengados en último año de servicios en aplicación de la Ley 71 de 1988 y por último determinar si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la parte actora en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los meses de junio y diciembre son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud; si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

Conforme se expuso en precedencia, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la Ley contempla que ante la falta de decisión de la administración se de origen a un acto ficto que dependiendo de la solicitud tendrá el carácter de positivo o negativo, lo anterior en aras de evitar que la administración deje indefinidamente un asunto sin resolver, además que la configuración del acto presunto le permite al interesado acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se tiene que se encuentra demostrado que la señora María Clara Moya Serrato radicó petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el 22 de enero de 2016 (fl.17), en el cual solicitó la suspensión y devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen

al acto ficto el 22 de abril de 2016 según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 22 de enero de 2016.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Se encuentra probado dentro del proceso que la demandante fue nombrada en propiedad como docente de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. mediante la Resolución No. 2641 del 20 de febrero de 2005 (fl.19) prestando sus servicios a dicha entidad territorial hasta el 6 de agosto de 2015.

Ahora bien, atendiendo la fecha de vinculación de la señora María Clara Moya Serrato respecto al régimen salarial y prestacional para el reconocimiento de pensión de vejez se tiene que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que consagra:

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.” (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003 a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de la señora María Clara Moya Serrato debe observarse los lineamientos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición según el cual *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de*

edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del anotado Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición es necesario determinar si: (i) para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cumplía con los requisitos señalados en el artículo 36 de esa disposición (ii) una vez cumplido lo anterior, verificar si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la accionante tenía cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo y; (iii) establecer si al 31 de diciembre de 2014 la señora María Clara Moya Serrato había cumplido en su totalidad los requisitos para acceder a su pensión de vejez con base en el régimen de transición.

En ese orden de ideas, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual la señora María Clara Moya Serrato tenía 36 años de edad, pues nació el 19 de octubre de 1957, tal como se evidencia de la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 22 del plenario, motivo por el cual se concluye que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem.

Por otra parte, el 25 de julio de 2005 entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, fecha para la cual la accionante había cotizado más de 750 semanas conforme se advierte de la Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015 (fls.2 a 6)

En efecto, se precisa que la actora al cotizar tanto al sector público como al sector privado, el régimen aplicable para su caso particular y concreto para el reconocimiento de la pensión de vejez es el establecido en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La referida Ley 71 de 1988 establece que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en

una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Así las cosas, la accionante adquirió el derecho a la pensión de vejez conforme a la Ley 71 de 1988, el 19 de octubre de 2012 toda vez que para esa fecha cumplió 55 de años de edad, lo anterior teniendo en cuenta que en el año 2007 ya había llegado a los 20 años de servicio tal como se desprende de la Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015⁹, esto es con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, por lo cual le es plenamente aplicable dicho régimen de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese orden de ideas, con base lo expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente sentencia se tiene que la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo establece la Ley 71 de 1988, a partir del 19 de octubre de 2012, con una tasa de reemplazo del 75% y con el promedio de los factores devengados en el último año de servicios.

En virtud de lo anterior y de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de retiro del servicio.

Así las cosas, con base en el certificado único para la expedición de certificado de historia laboral obrante a folio 19 la señora María Clara Moya Serrato laboró al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 15 de julio de 2005 hasta el 6 de agosto de 2015, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 5 de agosto de 2015.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 5 de agosto de 2015, relacionados en el documento

⁹ Lo anterior, teniendo en cuenta que 20 años de servicio corresponden a 7.200 días, tiempo que fue completado por la accionante el 3 de febrero de 2007.

denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS" (Fl.18), según el cual, la actora percibió: sueldo, prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 5843 del 29 de agosto de 2016 (Fls.14 a 15), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: sueldo básico, quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

En ese orden de ideas, le asiste el derecho a la parte actora que la pensión de vejez sea reliquidada a partir del 19 de octubre de 2012, fecha para la cual adquirió el estatus de pensionada, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 5 de agosto de 2015, a saber: las doceavas partes de la prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, además del sueldo básico ya reconocido.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción trienal** de las mesadas en el asunto de la referencia conforme lo dispuso el legislador en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que: (i) la accionante adquirió el estatus de pensionada el 19 de octubre de 2012; (ii) la parte actora elevó solicitud de reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad con la Ley 71 de 1988, el 14 abril de 2015 (Fl.7), razón por la cual, se concluye que en el presente asunto no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

En tal sentido, la señora María Clara Moya Serrato tiene derecho a percibir una pensión de vejez a partir del 19 de octubre de 2012 con una tasa de reemplazo del 75% del total de los factores salariales percibidos en el último año de servicios esto es periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y 5 de agosto de 2015 a saber: sueldo básico, prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, previos descuentos de las sumas ya canceladas en virtud de la Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015 (Fls.2 a 6).

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

Por otra parte, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

"(...) En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción¹⁰, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

Por lo tanto, para la Sala es claro que una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las

¹⁰ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: "El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."

exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.^(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas.^(...)

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

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad¹¹ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre

¹¹ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.***

*Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.
(...)*. (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

DE LOS DESCUENTOS EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

Advierte el Despacho que conforme se expuso en líneas anteriores, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

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

Ahora bien, se tiene que a folio 77 del plenario, obra extracto de pagos de la pensión de vejez de la accionante, donde se advierte que en efecto a la prestación pensional de dicho sujeto procesal se le han realizado doble descuento a las mesadas adicionales por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del día 19 de octubre de 2014, fecha a partir de la cual se reconoció la referida prestación pensional.

Ahora bien, conforme al reconocimiento pensional señalado en esta providencia, se advierte que las entidades accionadas deberán abstenerse de realizar los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre respecto a las mesadas pensionales debidas comprendidas entre el 19 de octubre de 2012 (fecha en la que la accionante adquirió el estatus) y el 19 de octubre de 2014 (fecha en la cual se hizo efectiva la pensión de vejez reconocida al sujeto activo) en adelante.

Se aclara que se ordenará el pago de las sumas actualizadas conforme a los índices de inflación, certificados por el DANE, revalorizando su cuantía; advirtiéndose que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A. respecto de la petición presentada el 22 de enero de 2016.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A. respecto de la petición presentada el 22 de enero de 2016, mediante la cual se solicitó suspender y efectuar el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 5843 de 29 de agosto de 2016, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a:

- La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión de vejez de la señora María Clara Moya Serrato, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.655.521, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2014 y el 5 de agosto de 2015, a saber: además del sueldo básico, **las doceavas partes de la prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad a partir del 19 de octubre de 2012**, fecha a partir de la cual adquirió el estatus, previo descuentos de los valores cancelados en virtud de la Resolución No. 1734 del 30 de marzo de 2015 y las sumas correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del

Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral, con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A. a suspender y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga la señora María Clara Moya Serrato, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.655.521, con destino al sistema de salud, a partir del 19 de octubre de 2014.

Conforme al reconocimiento anterior, se advierte que las entidades accionadas deberán abstenerse de realizar los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre respecto a las mesadas pensionales debidas comprendidas entre el 19 de octubre de 2012 (fecha en la que la accionante adquirió el estatus) y el 19 de octubre de 2014 (fecha en la cual se hizo efectiva la pensión de vejez reconocida al sujeto activo) en adelante.

QUINTO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir desde cuando surgió la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

SEXTO: Sin lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 15 de diciembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>89</u>.</p> <p> _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
