



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

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00098-00
Demandante: LILIA STELLA VERGARA VERGARA
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora VERGARA VERGARA en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG.

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 VERGARA VERGARA, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 4253 del 18 de julio de 2003 y 1054 del 16 febrero de 2007, mediante las cuales se reconoció tanto el derecho pensional como la respectiva sustitución en su favor, así como la nulidad de la Resolución No. 0095 del 7 de enero de 2016, en la que se negó la revisión de la mencionada prestación, todas ellas proferidas por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declarara que la accionante como beneficiaria de la sustitución pensional del señor JOSÉ ELIAS CORZO SUÁREZ (Q.E.P.D.), tiene derecho a que tal prestación se le pague incluyendo la totalidad de los factores salariales acreditados (devengados en el año anterior al estatus pensional), junto con los respectivos reajustes, intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que mediante la Resolución No. 4253 del 18 de julio de 2003 fue reconocida la pensión de jubilación a su causante, a partir del 17 de diciembre de 2002 en cuantía de \$1.237.304.00, pues solo se tuvo en cuenta la asignación básica y las primas de alimentación y vacaciones, derecho pensional que le fue sustituido mediante la Resolución No. 1054 del 16 febrero de 2007 a partir del 24 de septiembre de 2006, igualmente sin incluir los factores salariales en su integridad, como son las primas, especial y de navidad, razón por la que el 13 de octubre de 2015 solicitó la revisión de la aludida prestación, lo cual fue denegado mediante la última de las resoluciones objeto de litigio.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 2°, 48 y 58 de la Constitución Política, artículos 15 y 2 de la Ley 91 de 1989, 12 de la Ley 4ª de 1992, Decretos 1440 de 1192, Ley 115 de 1994, Ley 65 de 1946, Decreto 1743 de 1966, Ley 24 de 1947, ley 6ª de 1945, Ley 812 de 2003.

Para ello indica que los derechos vulnerados son de carácter fundamental, y con tales decisiones se desconoce por las accionadas las normas invocadas conforme a las cuales se debe incluir a los docentes todos los factores salariales en su pensión y como la demandante demostró cumplir los requerimientos legales para ello no puede hacerse nugatorio el derecho que le asiste.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio guardó silencio dentro del término de traslado.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 13 de julio de 2018 (Fl. 157), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que las dos partes guardaron silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si le asiste el derecho a la demandante, a que se reajuste la pensión de jubilación que disfruta por sustitución del señor JOSÉ ELÍAS CORZO SUÁREZ (Q.E.P.D.) incluyendo todos los factores de salario devengados por el causante en el año anterior a la obtención de su estatus pensional.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES. Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía del causante José Elías Corzo S. (fl. 2)
2. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante (fl. 3).
3. Copia de la Resolución No. 4253 del 18 de julio de 2003, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al causante, sr. Corzo Suárez, a partir del 17 de diciembre de 2002 en cuantía de \$1.237.304.00 (Fl.4-5).
4. Copia de la Resolución No. 1054 del 16 febrero de 2007, en la que se reconoció la sustitución de la pensión en favor de la aquí accionante, partir del 24 de septiembre de 2006
5. Copia de la Resolución No. 0095 del 7 de enero de 2016, en la que se negó la revisión de la mencionada prestación (fl. 10 y 1º del cuaderno de Antecedentes Administrativos).
6. Copia del formato único para la expedición de certificados de salarios y de historia laboral (fl. 12 a 15)
7. Copia auténtica del expediente administrativo correspondiente a la pensión de jubilación que fue reconocida a la accionante como docente (fls. 70-146)
8. Copia auténtica del expediente administrativo que corresponde a la pensión de jubilación que disfruta la accionante por sustitución del señor JOSÉ ELÍAS CORZO SUÁREZ (cuaderno No. 2)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

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

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

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Parágrafo 1o. (...)

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

(...)"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho se abstendrá de hacer referencia al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 *idídem*, según la cual, no será aplicable el régimen de la presente Ley a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

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

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

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

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

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

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

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

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

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional."² (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*"(...) 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*

² Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01,

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.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora LILIA STELLA VERGARA VERGARA, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de las Resoluciones mediante las cuales las accionadas, *i*. Concedieron la pensión de jubilación a su causante, *ii*. Reconocieron la sustitución pensional en su favor y *iii*. Negaron el reajuste de la misma con la inclusión de los factores salariales devengados y efectivamente acreditados.

Con base en lo anterior, es menester resolver si la actora tiene derecho a que la pensión que disfruta por sustitución del señor JOSÉ ELIAS CORZO SUÁREZ (Q.E.P.D.), sea reajustada con los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, teniendo en cuenta además, que conforme al acervo probatorio recaudado en el plenario, ella también es beneficiaria de la pensión de jubilación que le reconoció FONPREMAG como docente del Distrito Capital.

Al respecto, el artículo 128 de la Constitución Política, prevé que nadie puede desempeñar más de una empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo casos expresamente determinados en la ley.

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

Dicha premisa de carácter constitucional, fue desarrollada y regulada mediante el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, en el cual se relacionaron las excepciones aplicables a la regla prohibitiva de percibir simultáneamente dos asignaciones de este tipo, fijando, entre otras, las siguientes:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; (...)” (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, no sobra memorar que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto de la compatibilidad que existe entre la pensión de sobreviviente o sustitución pensional y otro tipo de pensiones como son la pensión de vejez, jubilación e invalidez; al respecto, en la sentencia T-326 de 2013 recordó:

“En utilización legítimo del precedente, esta Sala de Revisión considera necesario traer a colación las reglas jurisprudenciales expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la compatibilidad de las pensiones de sobrevivencia y de vejez. Al respecto ese Tribunal señaló que *“en cuanto a que la <dependencia económica>, soporte de la pensión de sobrevivientes otorgada, desaparece al concedérsele la pensión de vejez, como lo sostiene la censura, contrario a tal inferencia, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia, dicho criterio no se circunscribe a la carencia absoluta y total de ingresos o que el eventual beneficiario o beneficiaria se encuentre en la “indigencia”, por lo que cuando existen asignaciones mensuales, ingresos adicionales o cualquier otra acreencia de la que son titulares, porque los ingresos les resultan insuficientes para lograr autosostenerse, no por ello puede afirmarse que al entrar a disfrutar otra prestación económica, la persona se constituya en autosuficiente económicamente, además de que las señaladas prestaciones vitalicias de sobrevivencia y de vejez tienen origen y finalidad diferentes, incluidas las cotizaciones en que se apoyan para su otorgamiento. (...) Tampoco es cierto que la concesión de las dos pensiones a la actora atenta contra los principios de solidaridad y de unidad a que se refiere el artículo 2o de la Ley 100 de 1993. El principio de solidaridad, según el referido precepto, está definido como “práctica de la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil” y ninguna de esas situaciones acontece en el asunto bajo examen. Mucho menos se desconoce el principio de unidad, pues las dos pensiones reconocidas tienen causa y finalidad diferente, ya que la pensión de sobrevivientes cobija a la persona que sufre el desamparo al fallecer quien era su sostén económico, mientras que la pensión de vejez favorece al ciudadano o ciudadana que por el correr del tiempo sufre los avatares normales de la senectud”[58].*” (Resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el carácter incompatible de una pensión lo da no sólo la ley⁵, sino los principios que rigen el sistema pensional en cuando a que debe ser integral, único y universal, lo cual se refleja en no permitir que un mismo beneficiario tenga acceso simultáneamente a dos pensiones que por su naturaleza cubren el mismo riesgo, sin hacer distinción de la entidad pensional del Sistema General de Pensiones a la cual se encuentre afiliado. Frente a dicho tema el

⁵ Especialmente la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones previstas en la ley 797 de 2003

Consejo de Estado ha fijado un línea interpretativa, como se extrae del Concepto del 08 de mayo de 2003⁶, en el que señaló:

“Consecuencia natural de lo expuesto es que una misma persona no puede tener, en forma simultánea, el estatus de pensionado y el de afiliado o cotizante al Sistema General de Pensiones.(...) Por tal razón, no es posible que un pensionado por vejez (que ya no tiene la expectativa del riesgo pues éste ya se produjo) se afilie nuevamente al Sistema General de Pensiones, para cubrir tal eventualidad.(...) (...)En tales regímenes anteriores, era posible que un pensionado por vejez del ISS pudiera ingresar a un cargo público y obtener una pensión de jubilación, o viceversa, que un pensionado con derecho a jubilación del sector público ingresara al sector privado y obtuviera la pensión de vejez pagada por el ISS, resultando compatibles la coexistencia de las dos.(...) Cuando el sistema se unifica y es uno sólo para todos los trabajadores, sean del sector público o del privado y, aún del independiente, ya no es posible pensar que un trabajador pueda adquirir dos pensiones de vejez provenientes del mismo Sistema General de Pensiones, salvo cuando una pensión la adquiere como fruto de sus propias cotizaciones y, la otra, en calidad de sobreviviente (pensión propia y pensión transmitida por causa de muerte)”. (Resaltado fuera de texto).

Acorde con los anteriores pronunciamientos, se colige que aun cuando por regla general, nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público y por ende no resulta constitucionalmente procedente percibir dos mesadas pensionales con cargo a los recursos públicos, dicha regla no aplica cuando una de tales mesadas pensionales proviene de una sustitución o sobrevivencia y la otra de los aportes que ha realizado el trabajador para cubrir la contingencia de la vejez, como ocurre en el asunto bajo estudio, básicamente porque cada una de ellas cuenta con fuentes y origen independientes, pues se financian con aportes cancelados para cubrir riesgos diferentes.

En ese orden, se extrae que la demandante si tiene la potestad de percibir las dos mesadas pensionales, esto es, la de jubilación que le fue reconocida como docente y la de sobrevivencia que es objeto de este litigio, aun cuando las dos provienen del tesoro público, además porque expresamente lo dispone el art. 19 de la Ley 4ª de 1992, en consecuencia, el Despacho procederá a analizar la procedencia de la reliquidación solicitada.

- De la reliquidación pensional

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el causante de la demandante, señor JOSÉ ELIAS CORZO SUÁREZ (Q.E.P.D.) fue vinculado como docente a partir del 15 de marzo de 1971, que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su estatus pensional el 16 de diciembre de 2002 (Ver Fl. 4), razón por la cual, para efectos del reconocimiento

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2003, Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, radicación número: 1480.

pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 4253 del 18 de julio de 2003, FONPREMAG reconoció al señor CORZO SUÁREZ pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional (Fl. 4).

Así mismo, se avizora que mediante la Resolución No. 1054 del 16 febrero de 2007, el aludido Fondo sustituyó la prestación pensional que devengaba el señor Corzo Suárez en favor de la aquí accionante, Sra. LILIA STELLA VERGARA VERGARA a partir del 24 de septiembre de 2006 (ver fls. 7 - 8).

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 el actor en año anterior a la adquisición del estatus pensional, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Así las cosas, acorde con el acto administrativo antes referido, el referido causante adquirió su estatus pensional el 16 de diciembre de 2002, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2001 y el 18 de diciembre de 2002.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* (Fl. 12), según el cual, el actor percibió: sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 4253 del 18 de julio de 2003 (Fls. 4 a 7), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta únicamente el sueldo, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados prima especial y prima de navidad, razón por la cual, la entidad demandada desconoció el

régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación del actor, consagrado en la Ley 33 de 1985.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará, de una parte, la nulidad parcial de las Resoluciones 4253 del 18 de julio de 2003 y 1054 del 16 febrero de 2007, mediante los cuales fue reconocida la pensión de jubilación y su posterior sustitución en favor de la accionante, en lo atinente a los factores que debían incluirse para la liquidación de la aludida prestación.

De otra parte, se declarará la nulidad de la Resolución No. 0095 del 7 de enero de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reajuste de una pensión vitalicia de jubilación, toda vez que para la liquidación de tal prestación no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el causante de la actora en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión que por sustitución disfruta la señora LILIA STELLA VERGARA VERGARA, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por su causante, el señor JOSÉ ELIAS CORZO SUÁREZ (Q.E.P.D.) en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 17 de diciembre de 2001 y el 18 de diciembre de 2002, a saber: **una doceava parte de la prima especial y la doceava parte de la prima de navidad**, además del sueldo y las primas de alimentación y de vacaciones, ya reconocidos.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la sustitución pensional en su favor a partir del 24 de septiembre de 2006 (Fl. 8) y que radicó escrito en ejercicio del derecho de petición el 13 de octubre de 2015 -según lo admitido en la resolución visible a folio 10-, fecha en la cual

interrumpió el término prescriptivo que venía operando por un lapso de 3 años, luego la reliquidación será efectiva a partir del 13 de octubre de 2012, más cuando la demanda se presentó el 10 de marzo de 2017 (Fl. 25), es decir, antes de completar nuevamente el término de 3 años.

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 de jubilación, 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 se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Finalmente, 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 prescripción⁷, 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

⁷ 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 favorabilidad⁸ 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 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

⁸ 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.

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. (...)". (Negritas 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 al trabajador 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 el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar de una parte, la nulidad parcial de las Resoluciones 4253 del 18 de julio de 2003 y 1054 del 16 febrero de 2007, en lo atinente a los factores que debían incluirse para la liquidación de la aludida prestación, y de otra, la nulidad de la Resolución No. 0095 del 7 de enero 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.

SEGUNDO: 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 mensual vitalicia de jubilación que por sustitución disfruta la señora LILIA STELLA VERGARA VERGARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.853.405, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2001 y el 18 de diciembre de 2002, a saber: además del sueldo y de las primas de alimentación y vacaciones, **una doceava parte de la prima especial y la doceava parte de la prima de navidad, a partir del 13 de octubre de 2012**, fecha a partir de la cual se hace exigible el derecho por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador, igualmente bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas en la forma referida en la parte motiva de esta decisión, 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:

$$R = R.H. \text{ (INDICE FINAL / INDICE INICIAL)}$$

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.

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO: Dese 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.

SEXTO: 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, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy <u>5</u> de <u>septiembre</u> de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>965</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario

MPI:



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

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00480-00
Demandante: ROBERT USECHE MORA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Robert Useche Mora en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015, en el cual se negó el reajuste y reliquidación salarial conforme a lo previsto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (Salario mínimo incrementado en un 60%).

Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la accionada a:

1. La reliquidación de su asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo salario.
2. La reliquidación de su asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, el 70 % de la asignación básica más el 38.5 % de la prima de antigüedad.
3. El reajuste de la asignación de retiro, año por año, desde su reconocimiento hasta la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada.

4. El pago de la indexación de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro, desde el año de reconocimiento de la asignación, y en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.
5. El pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento, en la forma y términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.
6. Condenar a la entidad accionada al pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que el actor ingresó a las filas del Ejército Nacional como soldado voluntario, y a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional.

Agrega que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 3292 del 21 de abril de 2015, reconoció asignación de retiro al actor, liquidando la mesada, teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el cuarenta por ciento (40%) del mismo.

Agrega que en virtud de lo anterior, varió también su remuneración ya que el aludido incremento sería solo del 40%, disminuyendo así su asignación salarial en un 20%, por lo anterior el 25 de junio de 2015 presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la accionada, en el cual solicitó, el referido reajuste, pedimento que fue denegado mediante el Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015, quedando así agotado el procedimiento administrativo.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992, Decretos 1794 del 2000 y 4433 de 2004.

Señaló el apoderado del actor que se debe reajustar la asignación de retiro de su representado, teniendo en cuenta el incremento del 60% sobre el salario mínimo y no sobre un 40% como erróneamente lo realizó la accionada y conforme lo indicado por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, teniendo en cuenta el 70% de la

asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad ya que una interpretación distinta estaría en contra del derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad laboral reconocidos por la Constitución Política.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 45 a 49), en los siguientes términos.

En cuanto a las pretensiones, de reconocer y pagar la base de liquidación de la asignación básica conforme lo indica el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo salario, manifestó que la Dirección de Personal del Ejército Nacional radicó el complemento de la Hoja de Servicio del demandante, que accede a la solicitud, por lo cual la entidad emitirá el correspondiente acto administrativo para ser liquidada en la asignación de retiro.

A su vez, indicó que la entidad liquidó correctamente la prima de antigüedad como partida computable en la asignación del retiro del demandante. Por lo anterior, solicitó no imponer condena en costas y agencias en derecho.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones: (i) *"CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN RETIRO (...)"* (ii) *"NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD"*, (iii) *"NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD"* y (iv) *"NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL"*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 22 de junio de 2018 (fls. 71 a 74), en la etapa de alegatos la parte actora expuso sus alegatos de conclusión del minuto 13:30 segundos hasta el minuto 15:25 segundos de la grabación (fl. 73).

El apoderado de CREMIL expuso sus alegatos de conclusión del minuto 15:32 segundos hasta el minuto 22:53 segundos de la grabación (fl. 73). Precizando, que frente al incremento del 20% en la asignación básica establecida como lo establece el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado que estudio el tema del asunto, se expidió la Resolución No. 11452 del 17 de abril de 2018 la cual se encuentra en trámite de notificación.

Señaló que notificada la Resolución referida a la parte actora, se procederá a realizar los pagos dejados de realizar en virtud del reajuste a la asignación de retiro del demandante.

Ante la documental allegada, el Despacho se puso en conocimiento sobre la notificación de ésta, toda vez que el apoderado a notificar dentro del trámite administrativo corresponde al Doctor Jaime Arias Lizcano, abogado que no representa los intereses del demandante dentro del proceso de la referencia.

El Ministerio Público emitió concepto del minuto 23:12 segundos hasta el minuto 31:40 segundos de la grabación (fl. 73), en atención a la documental allegada por la entidad demandada solicitó se tuviera en cuenta que no se ha surtido el cumplimiento del acto administrativo y en ese sentido se proceda como corresponda dentro del proceso de la referencia, accediendo a la pretensión del reajuste de la asignación de retiro con el incremento del 20% solicitado.

Respecto a la liquidación de la Prima de Antigüedad, no evidencia que matemáticamente o aritméticamente haya error de la entidad para la interpretación de la norma que la consagra.

Por tal motivo, a minuto 32:29 de la grabación y siguientes, el apoderado de la parte actora procedió a argumentar el presunto error de la interpretación para computar la asignación de retiro.

En consecuencia, la Agente del Ministerio Público manifestó que no encuentra prueba de que se haya interpretado mal la norma y solicitó no se acceda a las pretensiones de la demanda en ese sentido.

Finalizada la etapa de alegatos, el Juzgado informó que en atención a los pronunciamientos y las documentales allegadas se revisó el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI, y se constató la existencia de 3 demandas que cursaron con el mismo demandante, razón por la cual se procederá a revisar los temas cuestión de dichos litigios.

Mediante escrito del 26 de junio de 2018, radicado en Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá el apoderado de la parte actora

allegó alegatos de conclusión, sin tener en cuenta que esa etapa se agotó en Audiencia Inicial.

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 22 de junio de 2018 (fls. 71 a 74), se determinó que los problemas a resolver son:

1. ¿Le asiste derecho al actor a que le sea reliquidada su asignación de retiro en cuanto al reajuste salarial del 20% adicional, como partida computable de dicha asignación, según los términos de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?
2. ¿Le asiste el derecho al demandante, de que le sea reliquidada su asignación de retiro en un 70% de la asignación básica percibida en actividad más el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo señala el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Obran como tal, las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 25 de junio de 2015, mediante el cual la parte actora solicitó la reliquidación de su asignación de retiro conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 del 2000 (fls. 2 a 4).
2. Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015, a través del cual la entidad demandada, dio respuesta negativa a la petición relacionada en el numeral anterior (fls. 5 y 5 vto.).
3. Constancia de tiempos de servicios expedidos por el Ejército Nacional (fl. 7).

4. Resolución No. 3292 del 21 de abril de 2015, mediante la cual la entidad demandada le reconoció al demandante asignación de retiro a partir del 31 de marzo de 2015 (fls. 8 y 9).
5. Resolución No. 11452 del 17 de abril de 2018, mediante la cual la entidad demandada ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% de la asignación de retiro del demandante (fls. 77 a 78 vto.)
6. Complemento de la Hoja de Servicio No. 3-86005700 expedida por el Ejército Nacional (fl. 123).
7. Constancia de notificación de la Resolución No. 11452 del 17 de abril de 2018, al apoderado Jaime Arias Lizcano (fls. 126 a 128).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Teniendo en cuenta que dentro de la fijación de litigio se plantearon dos interrogantes, este Juzgado comenzará a exponer el marco jurídico y jurisprudencial aplicable a cada una de ellas.

Reliquidación de la asignación de retiro con base en el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 del 2000

Para dar respuesta a la fijación del litigio, es preciso hacer referencia al régimen salarial y prestacional especial que la constitución política ha consagrado para los miembros de la fuerza pública, para luego analizar las disposiciones normativas aplicables de dicho régimen a los soldados profesionales y voluntarios del Ejército Nacional.

Así pues, el constituyente de 1991, estableció un régimen especial para los miembros de la fuerza pública al referirse en los artículos 150 numeral 16 literal e) y 217 de la Constitución Política sobre su sistema salarial, prestacional, organizacional y de carrera.

Las mencionadas disposiciones consagran:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública;

Artículo 217. *La ley determinará si el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio."*

En desarrollo de la anterior disposición el Congreso de la Republica a través de la ley 4ª de 1992 fijó las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe atender para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública y establecer las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Así mismo, La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en el artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas.

Además, señalo en el artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la ley carecería de efecto.

Ahora bien, en tratándose del régimen salarial, prestacional y organizacional de los soldados voluntarios la Ley 131 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", en sus artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º estableció:

"ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

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.

ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 6o. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. (...)"

De conformidad con lo anterior, se advierte, que los soldados voluntarios tienen derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar, así como a una bonificación por navidad y por una sola vez, se les reconoce al momento del retiro del servicio, una suma que equivale a una bonificación mensual por cada año de servicio prestados y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Posteriormente, se expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 "Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de Policía Nacional", que en su artículo primero señaló:

"ARTICULO 1o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"

Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 *"Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, que en el parágrafo del artículo 5º señala:

"PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Igualmente en el artículo 38 del citado Decreto se señaló:

"ARTÍCULO 38. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos".

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 *"Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

"ARTICULO 1. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario."

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*** (Negrillas fuera del texto original)

De la norma antes transcrita se evidencia que la misma estableció una excepción respecto de la asignación salarial de los soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados como voluntarios según la Ley 131 de 1985, la cual les permite devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el cual dista del 40% establecido para los soldados profesionales que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

Criterio expuesto por el Consejo de Estado, en la Sentencia del 6 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve¹.

¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado interno (3583-13).

"Bajo este supuesto, las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985."

Criterio que fue reiterado por el Consejo de Estado – Sección Segunda en Sala Plena, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado interno No. 3420-2015, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en cual se dijo:

"(...) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una 'bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%'.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60% (...)."

De la Prima de Antigüedad

Para resolver el segundo interrogante planteado, esto es la forma en la cual se liquidó la prima de antigüedad como partida computable en la asignación de retiro del accionante, es preciso realizar un análisis de la normatividad que establece la forma en la cual se debe realizar la liquidación de las asignaciones de retiro y/o pensiones de los soldados profesionales, en especial en lo referente a dicha prima.

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 2º y 3º 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 Republica mediante la Ley 578 de 2000, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la Republica, “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 Carrea 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 3º, 4º y 5º 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 asignación de retiro y/o pensión, la norma aplicable a la situación prestacional es el Decreto 4433 de 2004.

Dicho Decreto en su artículo 16 establece la forma en la cual se deben liquidar la asignación de retiro y/o pensión de los soldados profesionales.

"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).

De igual manera, el artículo 13 *ibidem*, consagra las partidas salariales que serán tenidas en cuenta por la entidad al momento de realizar la liquidación de la pensión y/ o asignación de retiro de los soldados profesionales, bajo el siguiente tenor:

"13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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).

En ese orden de ideas, los soldados profesionales tendrán derecho a una asignación de retiro cuando hayan prestado sus servicios por más de 20 años, equivalente al 70% del salario básico mensual en los términos del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

En tal sentido se pronunció la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección segunda - Subsección A) del CONSEJO DE ESTADO, en un caso de similares connotaciones al que aquí se analiza en los siguientes términos:

"En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

"Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico (smilmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual."²

Acorde con lo anterior se colige, que para efectos de la liquidar la asignación de retiro, sobre el salario mensual se calcula el 70% y al valor resultante se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

CASO CONCRETO

El Juzgado procede a resolver los interrogantes planteados en el problema jurídico estos son, en primer lugar, la pretensión referente a la reliquidación de la asignación

² Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, 9 de marzo de 2017, Expediente: 66001 23 33 000 2013 00079 01 (2898 2014), Demandante: Luis Anibal Clavijo Velásquez.

de retiro del accionante en cuanto al reajuste salarial del 20% como partida computable de dicha prestación pensional, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario percibido como soldado profesional, y en segundo lugar, resolver lo atinente a si la entidad liquidó la prima de antigüedad en la asignación de retiro del señor ROBERT USECHE MORA de forma incorrecta.

Reajuste salarial del 20%

El demandante, solicita se le reajuste su asignación mensual de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el incremento del 60% de un salario mínimo, y no un 40% como lo viene haciendo la entidad accionada.

Se encuentra probado dentro del expediente que CREMIL mediante la Resolución No. 3292 del 21 de abril de 2015, le reconoció al demandante asignación de retiro a partir del 31 de marzo de 2015.

Ahora bien, la entidad demandada encontrándose el proceso en etapa de audiencia inicial, allegó la Resolución No. 11452 del 17 de abril de 2018, que ordenó el incremento del 20% en la partida del sueldo básico dentro de la asignación de retiro del demandante, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El Despacho, con ocasión a esclarecer la documental puesta en conocimiento en la citada etapa procesal y los pronunciamientos de las partes intervinientes, requirió mediante auto del 1º de agosto de 2018 (fls. 118 a 119) a la entidad demandada a fin de que certificara la adición de la Hoja de Servicios del actor.

Al respecto, en memorial radicado el 16 de agosto de 2018 visto a folios 122 a 130, la entidad acató al requerimiento anterior, y para el efecto allegó copia del complemento de la Hoja de Servicios No. 3-86005700 correspondiente al señor Robert Useche Mora, que fue expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional en cumplimiento de la Sentencia de Unificación y que da cuenta de las partidas computables y el respectivo porcentaje aplicado a la asignación de retiro.

En consecuencia, se probó que la entidad mediante la Resolución No. 11452 del 17 de abril de 2018 (fls. 77 a 78 vto.), de oficio reconoció el derecho reclamado en cuanto al cómputo del 20% dejado de percibir en la partida del sueldo básico dentro de la asignación de retiro, acto administrativo que ya fue notificado y que se encuentra ejecutoriado.

Teniendo en cuenta que el demandante petitionó a la entidad demandada la inclusión del 20% dejado de percibir y que ante la respuesta negativa, acudió a la jurisdicción contenciosa para tal reconocimiento, el Despacho encuentra que de conformidad con las normas expuestas en el marco jurídico y jurisprudencial, le asiste el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Por lo anterior, se declarará la nulidad del Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015, sin que ello conlleve, al restablecimiento del derecho toda vez que, como se indicó en precedencia el derecho fue reconocido de oficio por la entidad, en los términos que el demandante lo solicitó en las pretensiones de la demanda, lo que le impide a este Juzgado emitir orden en ese sentido.

Así pues, resuelto el primer interrogante planteado en la fijación del litigio, el Despacho procede a desatar el segundo de ellos, esto es, establecer si la entidad accionada ha venido liquidando la prima de antigüedad de forma errada, frente a lo consagrado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De la prima de antigüedad

Como se indicó en líneas anteriores, la inconformidad del actor radica en la forma en que le fue liquidada la asignación de retiro, por cuanto se dio una incorrecta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al sumar la asignación básica mensual y la prima de antigüedad y sobre el guarismo resultante se calculó el 70%, lo cual, a la postre, en términos del accionante resulta doblemente desfavorable a sus intereses.

En ese sentido, procede el Despacho a revisar la manera en la que la entidad demandada aplicó el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad sobre la

asignación de retiro del accionante y de esta forma resolver el interrogante planteado dentro del problema jurídico.

Del acto administrativo acusado (fls. 5 y 5vto.), de la Resolución No. 3292 del 21 de abril de 2015 (fls. 8 y 9) y de los parámetros para la proyección vista a folio 60, se colige que en efecto la entidad liquidó la asignación de retiro, calculando el 70% del sueldo básico y a dicho rubro le sumó el 38.5% del mismo resultado para obtener el valor de la prima de antigüedad, afectando de esta manera el valor de la asignación de retiro de dicho sujeto procesal y en contravía de lo establecido por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Frente a lo anterior es de advertir que el operador jurídico al momento de interpretar una norma debe hacerlo conforme a la Constitución Política, motivo por el cual, al encontrarse ante dos interpretaciones plausibles, deberá escoger aquella que más se adecue con el espíritu dado por el legislador y por el constituyente en la carta magna.

Así entonces, respecto a la aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro que en consideración del principio de favorabilidad del trabajador consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y por el espíritu que motivo la expedición del Decreto referido, el cual es retribuir a los soldados profesionales todo el esfuerzo realizado en pro de la paz de la Nación, es más favorable la interpretación según la cual la asignación de retiro de un soldado profesional deberá resultar del 70% del salario consagrado en el artículo 13.2.1 más el 38.5 % de la prima de antigüedad.³

En efecto, aunque la interpretación realizada por la entidad accionada, respecto al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no es arbitraria, se reitera, en aplicación del principio de favorabilidad y el espíritu de la norma, la manera correcta de aplicar el artículo en mención para establecer el valor correspondiente a la asignación de retiro de un soldado profesional, es calcular el 70% sobre el salario básico mensual percibido en actividad y al guarismo resultante sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, calculado igualmente sobre el salario básico.

Por lo expuesto, la entidad accionada deberá realizar la respectiva liquidación de la prestación pensional, en debida forma, esto es, calculando el 70% del sueldo básico

³ Sobre la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de tutela del 11 de febrero de 2016. Radicación No. 2015-003532-00. Actor: Gilberto Bahamon Vargas. M.P. Gerardo Arenas Monsalve; y de la misma Sección y Subsección la sentencia de tutela del 24 de junio de 2015. Radicación No. 2015-01526-00. Actor: Carlos Julio Mayorga Castañeda. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

más el 38.5% de la prima de antigüedad, siendo dicho resultado final el valor de la cuantía real de la asignación de retiro del actor, esto es con la siguiente fórmula:

$$AR = (70\% (SM * 1.60)) + 38.5\%$$

Por lo que para el año 2018, con la fórmula que la entidad aportó a folio 60 del plenario, arrojó una suma equivalente a la asignación de retiro del demandante de \$1.211.862, por lo que a continuación se expondrá la forma de liquidar la prima de antigüedad así:

$$\$1.356.235 = 874.990,9 + 481.245$$

Así las cosas, consecuente con lo decantado en precedencia, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015 y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho ordenará a CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor ROBERT USECHE MORA conforme a la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a partir del 31 de marzo de 2015, cuando se hizo efectiva la prestación antes referida.

Vale precisar que en lo que respecta a las pretensiones que hallaron prosperidad, no hay lugar a aplicar la prescripción trienal establecida en el Decreto 4433 de 2004, toda vez que al actor le fue reconocida asignación de retiro a partir del 31 de marzo de 2015 (fl. 8 vto), es decir, entre la causación del derecho y la radicación del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición (fl. 5), no transcurrió el término prescriptivo de tres años.

Las diferencias resultantes, serán indexadas, 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 el demandante por concepto de incremento de su asignación de retiro, 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 se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia, sobre el aumento, se hace

necesario precisar que, es evidente que al modificarse la base de liquidación por efectuarse un incremento superior, ello repercute en todos los años subsiguientes.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, reiterando que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las mesadas de asignación de retiro posteriores.

Se advierte 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.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fe dentro del *sub-examine*.

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 nulidad del Oficio No. 2015-44036 del 30 de junio de 2015, suscrito por la entidad accionada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, a Reajustar la asignación de retiro del señor ROBERT USECHE MORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 86.005.700 de Granada (Meta), teniendo en cuenta que al salario se le aplicará el 70% y al resultado se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, a partir del 31 de marzo de 2015 (fecha de efectividad de la asignación de retiro), con las incidencias que correspondan en los

años subsiguientes, previos los descuentos de ley, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

TERCERO: Reliquidar y pagar los valores resultantes del reajuste de las mesadas de la asignación de retiro que disfruta el sujeto activo, teniendo en cuenta las diferencias que resulten entre los incrementos efectuados a su prestación pensional y el incremento ordenado anualmente según el IPC, desde el 31 de marzo de 2015, sumas que serán actualizadas conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es con la fórmula:

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

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: 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.

SEXTO: Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte demandante, copia auténtica del fallo de primera instancia con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo. 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, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGELICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

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

Hoy 5 de septiembre de 2018 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 065



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

JEJP



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

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00001-00
Demandante: JESÚS ERNESTO DÍAZ OSPINA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL – CASUR
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reajuste asignación de retiro con la inclusión de porcentajes de la prima de actualización.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Jesús Ernesto Díaz Ospina 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 Jesús Ernesto Díaz Ospina, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad del Oficio No. 279234 del 7 de noviembre de 2017 expedido por la entidad accionada, mediante el cual negó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta los incrementos de la prima de actualización que fue reconocida al actor.

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 a:

- Reajustar la asignación de retiro del actor incorporando los valores reconocidos por concepto de prima de actualización que fue devengada a partir de 1996.

- Condenar al sujeto pasivo a pagar por indemnización del daño moral al accionante el valor que por tal concepto se ha venido cancelado dado a la afectación al nivel de vida que se llevó a cabo por el pago incorrecto de la asignación de retiro.
- Condenar a CASUR al pago de los valores que resulten liquidados por indexación de las sumas adeudadas desde el 1° de enero de 1996 y el 1° de enero de 2013 (día que inicia la prescripción cuatrienal) y hasta la fecha en que se efectuó el pago real de la obligación conforme al IPC certificado por el DANE.
- Condenar a la accionada al pago de costas, agencias en derecho e intereses y que se dé cumplimiento a la sentencia conforme los términos de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl.31):

El accionante goza de asignación de retiro desde el 10 de febrero de 1986.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, reconoció a favor de la parte actora prima de actualización por el periodo comprendido entre 1992 a 1995, decisión que fue cumplida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través de la Resolución No. 02755 del 10 de junio de 2004 sin ordenar el reajuste de la asignación de retiro a partir de 1996 conforme a los porcentajes reconocidos.

El demandante solicitó en ejercicio del derecho de petición el 30 de octubre de 2017 ante la demandada el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de los porcentajes reconocidos por prima de actualización.

La anterior petición fue desatada desfavorablemente por la accionada mediante el Oficio No. 201724969 del 7 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el preámbulo y los artículos 1°, 2, 4, 5, 6, 13, 16, 25, 42, 46, 51, 52, 48, 53, 90 y 220 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992, Decreto 335 de 1992, Decreto 25 de 1993, Decreto 65 de 1994, Decreto 133 de 1995 y Decreto 1076 de 1996.

Afirmó el mandatario del actor que la prima de actualización debe reconocerse no como una prestación social, dado a que sus efectos fueron temporales sino como reconocimiento para el cómputo de la reliquidación de asignaciones de retiro o pensión.

En criterio del actor, con la creación de la escala gradual porcentual no se reajustó y/o incluyó la nivelación salarial efectuada por la prima de actualización, por lo que en aplicación de los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 tiene derecho a que esos porcentajes de esa prima sirvan de base para el reajuste de la asignación de retiro.

Como sustento de lo anterior, solicitó se tenga en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-327 de 2015.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.35 a 39).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la prima de actualización desapareció en el año 1995, motivo por el cual no puede ser tomada en cuenta como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, aunado al hecho que esa prima ya fue reconocida al actor.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *"Inexistencia del derecho"* y *"cosa juzgada"*.

La excepción de cosa juzgada fue resuelta en el acápite de excepciones de la audiencia inicial del asunto desfavorablemente.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepción *"inexistencia del derecho"* encuentra el Despacho que tal consideración no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además constituye argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 24 de agosto de 2018 (fl.107), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 21 y 08 segundos hasta el minuto 34 y 02 segundos y la demandada del minuto 34 y 10 segundos hasta el minuto 40 y 30 segundos de la grabación visible a folio 116 del expediente.

La representante del Ministerio Público guardo silencio.

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 24 de agosto de 2018 (Fls. 103 a 107), 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 demandante a que sea reajustada la asignación de retiro incorporando en la asignación básica los porcentajes establecidos por prima de actualización a partir de 1996?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición por el actor el 30 de octubre de 2017 ante la accionada en el cual solicitó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta los porcentajes reconocidos de prima de actualización (fls.2 a 17).
2. Oficio No. 201724969 del 7 de noviembre de 2017 mediante el cual la entidad accionada negó la anterior petición (fl.21).

3. Resolución No. 2755 del 10 de junio de 2004 proferida por la demandada en la cual dio cumplimiento a la sentencia del 29 de enero de 2004 expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se reconoció la prima de actualización por el periodo comprendido entre 1992 a 1995 (fls.22 a 23).
4. Antecedentes administrativos del accionante obrantes en el CD visible a folio 80 del plenario (fl.80).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia al régimen especial que gobierna a las Fuerzas Militares y de Policía y establecer la naturaleza de la prima de actualización y los periodos en los cuales fue reconocida.

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 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 desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Ejecutivo profirió el Decreto 335 de 1992 a través de la cual se creó la prima de actualización, consagrándola en los años subsiguientes en los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995, prestación la cual tenía como destinatario el personal activo de la Fuerza Pública, según se lee en cada párrafo del artículo 28 y 29 de las normas mencionadas, de la siguiente manera:

*“El personal **que la devengue en servicio activo** tendrá derecho a que se le compute para **reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales**” (Negrillas por fuera del texto).*

La parte resaltada del texto anterior, fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado por ser violatoria del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, mediante sentencias del 14 de agosto de 1997, expediente núm. 9923, respecto de los párrafos del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 e igualmente frente al párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, a través del fallo de 06 de noviembre de 1997, expediente número 11423, en el sentido que el beneficio estipulado, debía hacerse extensivo al personal retirado de la Fuerza Pública.

Como consecuencia de dicha declaratoria, la prima de actualización debe reflejarse en las asignaciones y pensiones reconocidas al personal retirado pero bajo el entendido que su cómputo sólo opera por las anualidades que estuvo vigente, esto es, los años 1992 (en este año nació a la vida jurídica), 1993, 1994 y 1995, toda vez que su creación fue transitoria mientras el Gobierno Nacional fijaba la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración salarial del personal activo y retirado de la Fuerza Pública.

La escala gradual porcentual fue establecida por el Gobierno Nacional a partir del Decreto 107 de 1996, por lo tanto no procede el cómputo de la prima de actualización después del 1º de enero de 1996 ya que se reitera la extensión de percibir la prima de actualización como factor salarial para el aumento de las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares fue exclusivamente para el periodo comprendido entre 1992 y 1995.

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

Bajo los anteriores términos se expresó el Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2003, al resolver un asunto de igual características al que se estudia en el epígrafe:

*“En el mismo sentido se desestima la reclamación del demandante respecto de la inclusión de la prima de actualización **como partida computable a partir del año 1996**, por cuanto tal prestación, como se indicó, solo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.*

Lo dicho porque los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente, como lo busca el demandante, sino que la crearon con vigencia limitada para los años indicados, esto se deduce con toda claridad del texto de cada uno de los decretos y de lo expresamente manifestado por la Ley 4ª de 1992, que sólo autorizó la nivelación por “las vigencias fiscales de 1993 a 1996” situación que también es aplicable para los retirados.

De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados”². (Las negrillas fuera de texto).

Entonces, la prima de actualización es un emolumento que tiene un carácter temporal, que nació en principio a favor del personal que se encontraba en servicio activo y con posterioridad se extendió para aquellos que se encontraban retirados.

Así mismo, se concluye que no se posible considerarlo como factor salarial como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignaciones de retiro posteriores a 1996, ya que el derecho a percibir dichos valores se generaron para los años de 1992 a 1995 sin que dicho emolumento pueda trascender en el tiempo.

El Consejo de Estado en sentencia del 1º de marzo de 2012, dentro del Proceso 2006-00209-01(0537-11), Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón, reiteró la posición asumida por ese alto órgano judicial en lo correspondiente a no tener en cuenta la prima de actualización como factor salarial para ser incluido con posterioridad a la asignación de retiro, como pasa a leerse:

“En efecto, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, en

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 20 de Febrero de 2003 C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

ese orden, si la prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo comprendido entre 1992 y 1995, **mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.**

En las anteriores condiciones, no es posible ordenar el reconocimiento y pago de la prima de actualización a partir del 1º de enero de 1992, pues la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el particular y dicho fallo es obligatorio.

En efecto, al haber sido declarado exequible el Decreto 335 de 1992, en la forma como fue expedido, el derecho por ese año a devengar la prima de actualización sólo nació para quienes se encontraban en servicio activo y sólo a partir de la declaratoria de las normas siguientes, se extendió a quienes se encontraban retirados, es decir, que no existe base legal para efectuar el reconocimiento por el año que señala el recurrente.

La prima de actualización como factor salarial.

La escala gradual porcentual para el personal de la Fuerzas Armadas se fijó mediante el Decreto 107 de 1996, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1996 y en el artículo 39 derogó el Decreto 133 de 1995 que por ello se causó hasta el 31 de diciembre de 1995.

La prima de actualización no puede ser considerada factor salarial para la asignación de retiro, pues dicha prestación como ya se expuso se reconoció con carácter temporal.

Mediante el Decreto 107 de 1996, se fijó la escala salarial definitiva y la aplicación de ésta reemplazó la prima de actualización, es decir que en virtud del mismo principio de oscilación, la prima se reemplazó para los retirados y por tanto ya no se incluía en la asignación de retiro o pensión porque nunca tuvo factor salarial permanente.

Esta Corporación ya ha manifestado que el reajuste de la asignación de retiro por efecto de la prima de actualización no procede como factor salarial permanente como lo pretende la parte actora.” (Negrillas fuera de texto).

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en providencia del 7 de abril de 2016, dentro del radicado No. 13001-23-31-000-2010-00647-01, número interno 2318-2014, señaló que la prima de actualización, niveló la remuneración del personal activo y retirado por los años 1992 y 1995, sin que sea posible reconocerse para los años subsiguientes como base de la prestación, toda vez que en adelante se aplica el principio de oscilación, de la siguiente manera:

“Descendiendo al caso bajo examen, se tiene que la sentencia recurrida accedió parcialmente a las pretensiones del actor, pues concedió el pago de

la prima de actualización del 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1995, pero negó que ésta fuera incluida en la base para la reliquidación de la asignación de retiro después de 1995, aspecto este último objeto del recurso de apelación. (...) Posteriormente en sentencia del 5 de septiembre de 2013³, se consideró que:

Así las cosas, una vez expedido el Decreto 107 de 1996, por el cual se acoge la referida escala gradual porcentual, se extinguió la condición por la cual fue creada la prima de actualización y la misma, debe decirse, quedó incluida en las asignaciones de retiro que a partir de esa fecha se reconocen a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, en virtud al principio de oscilación. (...) En efecto, debe precisarse que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados. Por ello, no resulta necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la pensión por invalidez percibida por el actor.

En este aspecto⁴, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la pensión por invalidez que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Este es el criterio actual de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda de esta Corporación, tal como se evidencia en la sentencias del 11 de febrero de 2015⁵ y 10 de julio de 2014⁶.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 5 de septiembre de 2013, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2003-04343-01 (2717-12)

⁴ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 11 de febrero de 2015, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2009-00332-01 (2580-2013).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 10 de julio de 2014, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2002-04115-01 (0510-12)

Por tanto, la prima de actualización cumplió su finalidad de nivelar el reajuste salarial del personal en actividad y del personal con pensión y/o asignación de retiro reconocida, pero sólo por los años 1992 a 1995 ya que partir del año 1996 la incidencia en el reajuste de esas prestaciones pensionales se garantizó a través del principio de oscilación.

CASO CONCRETO.

Se encuentra demostrado en el plenario que el accionante prestó sus servicios a la Policía Nacional en calidad de Agente desde el 1° de enero de 1967 hasta el 29 de diciembre de 1973 tal como se advierte de la hoja de servicios No. 37999 del 30 de octubre de 1985 obrante en los antecedentes administrativos (fl.80).

En virtud del tiempo de servicios prestados a la Policía Nacional, la entidad accionada mediante la Resolución No. 0618 del 19 de marzo de 1986 reconoció asignación de retiro al demandante efectiva a partir del 10 de febrero del mismo año (fl.80).

Ahora bien, el actor en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante la demandada el 30 de octubre de 2017 (fl.2), en el cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el porcentaje de la prima de actualización que fue reconocido por vía judicial⁷.

Sobre el particular, como se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente sentencia, la prima de actualización que fue creada mediante los Decretos 334 de 1992, 26 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 tuvo como fin nivelar las asignaciones básicas de los miembros activos de los Fuerzas Militares y de Policía.

Con posterioridad, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, la prima de actualización se extendió para los miembros retirados de la Fuerza Pública que gozaran de asignación de retiro y/o pensión pero sólo respecto a los periodos en los cuales esa prima fue reconocida, es decir de 1992 a 1995. Ello, por cuanto el Gobierno Nacional niveló a partir del Decreto 107 de 1996 las asignaciones básicas y de retiro bajo la creación de la escala gradual porcentual.

Conforme a lo expuesto, es factible llegar a las siguientes conclusiones: (i) La prima de actualización entró a ser factor computable de las asignaciones de retiro y/o

⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión, Sección Primera, sentencia del 24 de enero de 2004, radicado No. 2002-300 visible a folio 80 del expediente.

pensión que fueron reconocidas con anterioridad a 1995, pero sólo para el periodo comprendido entre 1992 a 1995 y; (ii) respecto a las asignaciones de retiro y/o pensión que fueron reconocidas con posterioridad a 1995, la prima de actualización se incorporó a la asignación básica como partida computable, por lo que no hay lugar a realizar una liquidación por ambos emolumentos de manera diferencial, ya que como se explicó a partir de la expedición del Decreto 107 de 1996 el Gobierno Nacional bajo la escala gradual porcentual fijó las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública dentro de la cual incorporó directamente la prima de actualización.

En ese orden de ideas, descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que el actor para la fecha en la cual fue creada la prima de actualización gozaba de asignación de retiro por lo que tenía derecho al reconocimiento y pago de ese emolumento como partida computable de su prestación pensional, tal como lo reconoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia citada, por lo que se concluye que dicho sujeto procesal, no tiene derecho a otro reajuste de su asignación de retiro por concepto de esa prima ya que se reitera, esta fue creada con carácter temporal y sus incidencias porcentuales sólo se fijaron para el periodo de 1992 a 1995 ya reconocido.

Ahora bien, dentro del concepto de violación de la demanda y los alegatos de conclusión el accionante refirió que: (i) no es cierto que el Decreto 107 de 1996 mediante el cual se estableció la escala gradual porcentual incorporara valor alguno de prima de actualización y (ii) solicitó se tenga como precedente lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-327 de 2015.

Respecto al primer punto, se advierte que no hay que perder de vista que este Despacho se encuentra estatuido para conocer de las demandas radicadas en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho laboral en las cuales se discutan conflictos relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y la seguridad social de los mismos cuando dicho régimen es administrado por una persona de derecho público según lo expuesto en el artículo 104 numeral 4° de la Ley 1437 de 2011⁸, sin que en ningún momento tenga la

⁸ La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo N° PSAA06-3501 del 6 de julio de 2006, "Por el cual se reglamenta el reparto de los asuntos de conocimiento de los Juzgados Administrativos", que dispuso en su artículo 5° que: "Para los asuntos que deben asignarse a cada uno de los grupos de juzgados, según la correspondencia que entre ellos existe con las Secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el reparto se hará en forma equitativa y al azar, teniendo en cuenta el número que identifica a cada despacho." De lo anterior, se colige que el reparto de los asuntos a los juzgados administrativos, se efectúa en relación a las competencias establecidas para cada una de las Secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo cual, se determinó que la Sección Segunda a la que pertenece

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 o nulidad simple respectivamente.

Así las cosas, el reparo del actor respecto a que el Decreto 107 de 1996 mediante el cual se estableció la escala gradual porcentual no tuvo en cuenta ningún porcentaje de la prima de actualización que estuvo vigente para los años de 1992 a 1995 para el reajuste de las asignaciones básicas y de retiro de la Fuerza Pública, debe ser discutido a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad o nulidad simple por ser esta la vía procesal instituida por el ordenamiento jurídico.

Aunado a lo anterior, se advierte que en el plenario no se aportaron elementos de prueba que indiquen que existe alguna vulneración a un derecho fundamental del accionante que hagan factible realizar un control difuso de constitucionalidad del Decreto 107 de 1996 y reconocer por tal vía los reajustes de la asignación de retiro teniendo en cuenta los porcentajes de la prima de actualización para al año de 1996 en adelante, por el contrario, está determinado que en virtud del principio de oscilación a todos los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública se les canceló y ajustó las asignaciones de retiro y básicas conforme la referida escala gradual porcentual, ello en cumplimiento a la nivelación salarial ordenada por la Ley 4ª de 1992.

En tal sentido, el reajuste que se ha venido efectuado a la asignación de retiro del actor ha estado regida por la escala gradual porcentual y el principio de oscilación, por lo que no hay lugar a ordenar incrementos de ningún tipo.

Sobre la solicitud que se tenga en cuenta como precedente la sentencia T-327 de 2015, advierte el Despacho que en esa providencia la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela declaró improcedente la solicitud de amparo elevada por CREMIL en contra del Tribunal Administrativo del Bolívar en las cuales se accedió al reajuste de sendas asignaciones de retiro teniendo en cuenta el porcentaje de la prima de actualización que fue reconocida para los años de 1992 a 1995, ello por

cuanto se incumplió con el requisito de inmediatez ya que la acción de tutela se radicó un año después que los fallos fueran notificados.

Conforme lo anterior, no existe sub regla de derecho derivada de la anterior providencia que se establezca como precedente en el presente asunto, ya que la Corte Constitucional concluyó que no se cumplían con los requisitos generales y especiales para la procedencia de esa acción de tutela sin entrar a estudiar y/o a decidir de fondo el asunto, impidiendo de esa manera, que se realizara un análisis respecto si existe o no el derecho al reajuste de las pensiones y/o asignaciones de retiro de la Fuerza Pública que percibió la prima de actualización.

Ahora bien, el apoderado de la parte actora afirma que a partir del análisis que realiza la Corte Constitucional respecto a la no vulneración del precedente del Consejo de Estado por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar, está determinado que al accionante le asiste derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en los porcentajes de la prima de actualización.

Sin embargo, se insiste, ese análisis se efectuó en el marco de la revisión de las causales de procedencia de la acción de tutela sin entrar a decidir el fondo del asunto. Lo que determinó la Corte Constitucional en ese momento es que la interpretación que le había dado el Tribunal Administrativo de Bolívar de conformidad con principio de autonomía funcional y la sana crítica no estaba en contravía a lo dispuesto por el Consejo de Estado en las sentencias dictadas sobre la materia.

No obstante, lo anterior no significa que el Juzgado se encuentre atado a la interpretación que para el efecto realizó el referido Tribunal, toda vez que al igual que ellos el Despacho goza de los principios de autonomía funcional y de la sana crítica y por tanto se encuentra facultado para acoger en su integridad la línea pacífica y constante que ha mantenido el Consejo de Estado sobre la materia, aunado al hecho que se insiste en que la sentencia T-327 de 2015 no constituyó un precedente jurisprudencial vinculante respecto al deber o no de ordenar el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública a quienes se les reconoció la prima de actualización.

En ese orden ideas, el Juzgado al no encontrar elementos que desvirtúen la presunción de legalidad del acto acusado, negara 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 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,

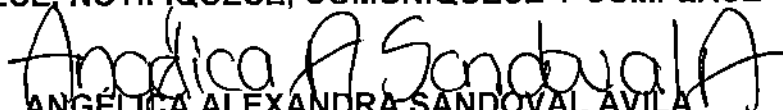
FALLA:

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

SEGUNDO: Sin lugar a 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

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 5 de septiembre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>065</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--