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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso:	**110013342-052-2016-00409-00**
Demandante:	**RUBELIO TADEO RAMOS ROJAS**
Demandado:	**NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FONPREMAG Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL Y DESCUENTOS EN SALUD**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FONPREMAG y Fiduciaria La Previsora S.A.

I. ANTECEDENTES

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

Se declare la nulidad de la Resolución No.0931 de 17 de febrero de 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus.

Se tenga como configurado el acto ficto o presunto negativo en consideración a que la Fiduciaria La Previsora S.A. se pronunció de forma parcial por medio del oficio No. 20150931048401 de 22 de octubre de 2015, respecto del reintegro y la suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

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

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional en los términos de la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985.

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

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

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

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

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

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls.24 y 25):

El demandante nació el 23 de agosto de 1959 y laboró como docente al servicio del Estado por más de 20 años.

Mediante Resolución No. 0601 de 12 de febrero 2015, la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del actor.

El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 12 de agosto de 2015, a través de la cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, el reintegro y suspenso de los valores correspondientes a salud sobre las mesadas adicionales.

Mediante Resolución No.0931 de 17 de febrero de 2016, la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación pensional.

A través de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 12 de agosto de 2015, la parte actora solicitó a la FIDUPREVISORA S.A. el reintegro y suspenso de los dineros descontados en exceso para salud.

Mediante Oficio No. 20150931048401 de 22 de octubre de 2015 la FIDUPREVISORA S.A., dio respuesta parcial a la solicitud anterior, pues se allegaron los extractos pedidos sin que pronunciará sobre el reintegro y suspensión de los descuentos realizados por concepto de salud.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1992, Decreto 1073 de 2002 y Decreto 812 de 2003.

Señaló que la parte que representa tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el año anterior a la adquisión de su status pensional de conformidad a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

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

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

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

FONPREMAG contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 48 a 52).

Invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que la entidad no es la llamada a responder por los actos acusados.

Citó el artículo 211 de la Constitución política y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998.

Arguye que la llamada a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es precisamente, la Secretaria de Educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció la docente.

Las pretensiones de la demanda deben ser exigidas a quienes se encuentran obligados por la Ley a responder por ellas debe existir completa congruencia jurídica entre quien solicita la prestación y el sujeto frente de quien se reclama el derecho.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y prescripción.

La FIDUPREVISORA S.A. a través de apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones del actor, bajo las siguientes consideraciones (Fls. 58 a 62 vuelto):

Señaló que la cotización en salud que deben realizar los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la establecida en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, lo cual también encuentra fundamento jurídico en los señalamientos de la Corte Constitucional en el fallo de 27 de abril de 2004, cuando quedó

clara la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada, de conformidad con la normatividad citada.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 4 de octubre de 2017 (Fls. 117 Y 118), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandante allegó escrito de alegatos el 10 de octubre de 2017 (Fls. 119 a121), mediante el cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda y solicitó que se debe reliquidar la pensión de la parte actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el "último año de servicios", y la devolución y suspensión de aportes descontados en exceso para salud en mesadas adicionales de cada año.

La parte demandada guardó 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 llevada a cabo 12 de julio de 2017 (Fls. 95 a 101), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- Si se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el 12 de agosto de 2015,
- Si al demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el año anterior al estatus pensional.

- Si le asiste el derecho al demandante de que se le reintegren o no los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causo el derecho y hasta la sentencia.

2. ACERVO PROBATORIO.

2. 1. Copia simple de la Resolución No.0601 de 12 de febrero de 2015, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor RAMOS ROJAS, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 2 a 8).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 26 de noviembre de 2015, mediante el cual el actor solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a su estatus pensional (Fl.18 y 19).

2.3. Resolución No. 0931 de 17 febrero de 2016, mediante la cual la entidad demandada negó la solicitud de reajuste de la pensión a favor del actor. (Fls. 9 y 9 vuelto).

2.4. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 12 de agosto de 2015, mediante el cual solicitó el reintegro y suspenso de los valores correspondientes a descuentos en salud de los meses de junio y diciembre (Fls. 11).

2.5. Oficio No. 20150931048401 del 11 de agosto de 22 de octubre de 2015, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. adjuntó los extractos de pago de la pensión (Fls.10, 12 y 13).

2.6. Copia simple del documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"*, en el que se indican los factores salariales devengados por el actor (Fl. 14).

2.7. Copia simple del documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL"*, en el que se indica el tiempo de servicios laborado por la parte actora (Fls.15 y 16).

2.8. Copia simple de la cédula de ciudadanía del actor (Fl.22).

Como se anotó líneas atrás las entidades demandadas, en el escrito de contestación de la demanda, propusieron las excepciones que denominaron: inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y prescripción.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepción: "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY", encuentra el Despacho que tales consideraciones que la sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas 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 fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, en segundo lugar al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación y en tercer lugar a los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

- **DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la parte actora ante la Fiduciaria La Previsora S.A., tiene fecha de radicación del 13 de mayo de 2015, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

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

> *"Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*
>
> *En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*
>
> *La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."*

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

El Consejo de Estado[1], respecto al silencio administrativo indicó:

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

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

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

- **EN CUANTO A LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

Así las cosas, 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[2], señaló:

> *"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no*

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

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 (...)".

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).*

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 1°, 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 (5) 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, resultan aplicables a los docentes las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, toda vez que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial, amén de que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados sus 15 años de prestación de servicios.

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 1° del Acto Legislativo No. 1° de 2005, que al tenor consagra:

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

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

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

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 ibídem, 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 3°. 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 1°.*** *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, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los 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."*[3] (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 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***

[3] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 25000232500020060750901.

> ***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 (...)".*[4] (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 Rincón[5], 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.

- **DE LOS DESCUENTOS EN SALUD**

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

> *"**Artículo 2º.** Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:*
>
> ***a)** Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
> ***b)** Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*
> ***Parágrafo.** Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."*

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

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

> *"**Artículo 90. Prestación asistencial.***
> *(...)*
> ***3.** Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la*

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

financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"***Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados.*** *A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o*

jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de

Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

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

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

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

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

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de

2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

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

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

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

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

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

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

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

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

PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de

presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos."

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

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

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

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

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

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

tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.
(...)
II. se responde.
El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada"

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.
(...)
Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1° del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.
(...)
En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de la Resolución No.0931 de 17 de febrero de 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus.

Igualmente, solicitó la nulidad del acto ficto negativo consolidado frente a la petición radicada el 12 de agosto de 2015, mediante la cual solicitó a la Fiduciaria La Previsora

S.A. la devolución y suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester resolver en primer lugar si la actora tiene derecho a que su pensión sea reajustada con los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional y en segundo lugar, si las mesadas pensionales reconocidas a favor del demandante en calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los meses de junio y diciembre son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud; si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia y si se configuró el acto ficto respecto de la petición radicada el 12 de agosto de 2015.

- **De la reliquidación pensional**

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el demandante fue vinculado como docente a partir del 1° de junio de 1983, que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su status pensional el 23 de agosto de 2014 (Fls. 2 a 4), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

Ahora, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 0601 de 12 febrero de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas 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. 3).

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, de conformidad a la anterior Resolución el señor Ramos Rojas adquirió su status pensional el 23 de agosto de 2014, de lo que se infiere que los factores a

tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 24 de agosto de 2013 y el 23 de agosto de 2014.

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. 14), según el cual, el actor percibió: sueldo, prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicio.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 0601 de 12 de febrero de 2015 (Fls. 3), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta únicamente el sueldo y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados prima especial, prima de servicios 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 del acto demandado, se declarará la nulidad de la Resolución No. 0931 de 17 de febrero 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, el cual no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el actor 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 del señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 23 de agosto de 2013 y 23 de agosto de 2014, a saber: **las doceavas partes de la prima especial, prima de servicios y prima de navidad,** además del sueldo y prima 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:

Esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del de 24 de agosto de 2014 (Fl. 3), que radico escrito en ejercicio del derecho de petición el 26 de noviembre de 2015 (Fls. 18 y 19), y que presentó la demanda el 3 de mayo de 2016 (Fl. 32), sin que se haya superado el término de 3 años de la prescripción de las mesadas, razón por la cual, la reliquidación es efectiva a partir del 24 de agosto de 2014.

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 prescripción[6], igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

[6] 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.*"

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 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 favorabilidad[7] 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.

[7] 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.

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 razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)*
>
> *De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios,* ***la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse "con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios" en los que efectivamente los haya devengado.***
>
> *Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.*
> *(...)".* (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda 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.

- **De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre**

Entra el Despacho a resolver el interrogante formulado en el problema jurídico de la presente providencia, para lo cual se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

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

Ahora bien, se tiene que a folios 108 y 109 del plenario, obra extracto de pagos de la pensión de jubilación del actor, donde se advierte que en efecto a la prestación pensional de dicho sujeto procesal se le han realizado doble descuento a las mesadas adicionales por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del día 24 de agosto de 2014, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, en consideración a que no se superó el término de prescripción de 3 años.

De otro lado, es menester precisar si en el asunto de la referencia surgió el acto ficto o presunto por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A., para lo cual se reitera que respecto de las peticiones el artículo 83 del CPACA señaló que se configura pasados 3 meses desde su presentación.

Igualmente, el referido artículo consagró que la entidad no se exime del deber de decidir la petición, salvo que se haya interpuesto recurso en contra de la misma o que se haya notificado del auto admisorio de la demanda radicada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se evidencia que a folio 11 del plenario obra solicitud de reintegro y suspenso de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre presentada ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 12 de agosto 2015, fecha a partir de la cual la entidad tenía hasta el 12 de noviembre de 2015, para dar respuesta, razón por la cual se configuró el silencio de la administración, en consideración a que no obra contestación por parte de la entidad sobre los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto que surgió por la falta de respuesta de la petición radicada el 12 de agosto de 2015.

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

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto o presunto consolidado por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A. respecto de la petición presentada el 12 de agosto de 2015.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto consolidado por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S.A. respecto de la petición presentada el 12 de agosto de 2015, mediante la cual solicitó suspender y efectuar el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución No.0931 de 17 de febrero de 2016, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

- La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No.73.089.269, 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 23 de agosto de 2013 y el 23 de agosto de 2014, a saber: además del sueldo y prima de vacaciones, **las doceavas partes de la prima especial, prima de servicios y prima de navidad,** a partir del 24 de agosto de 2014, fecha a partir de la cual se hizo efectivo el derecho, previo descuento de 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, 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.

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A. a suspender y

reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Rubelio Tadeo Ramos Rojas, identificado con cédula de ciudadanía No.73.089.269, con destino al sistema de salud, a partir del 24 de agosto de 2014.

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

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

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

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

SEXTO: Sin lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: 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.

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

remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

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

Hoy 29 de noviembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 84.

ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario

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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso:	**110013342-052-2016-00532-00**
Demandante:	**MERY CECILIA MORENO AMAYA**
Demandado:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Mery Cecilia Moreno Amaya en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

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 Mery Cecilia Moreno Amaya, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, GNR 259888 del 15 de julio de 2014 y VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, mediante las cuales la entidad demandada reconoció una pensión de vejez a la actora, resolvió un recurso de reposición y de apelación, respectivamente.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES:

Reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos de la Ley 33 de 1985, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios de conformidad al criterio del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Reliquidar la pensión de vejez de la actora en los términos de la Ley 33 de 1985, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, una vez se acredite en forma definitiva el retiro del servicio.

Condenar a la entidad demandada al pago de expensas del proceso y demás costas procesales.

Cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 2-4):

La actora nació el 9 de agosto de 1954, por lo cual a la fecha de entrada en vigencia del régimen general de pensiones tenía más de 35 años, esto es, al 1º de abril de 1994, situación que la hace merecedora del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La señora Moreno laboró al servicio del estado en calidad de empleada pública por más de 20 años, cumpliendo con el otro requisito para hacerse acreedora a la pensión de jubilación.

La actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 28 de agosto de 2012, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985 y sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Mediante la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, la Administradora le reconoció pensión de vejez a la actora en los términos de la Ley 71 de 1988, con base en el promedio de los últimos 10 años de servicios.

Contra la anterior decisión la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo resueltos con las Resoluciones Nos. GNR 259888 del 15 de julio de 2014 y VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, respectivamente.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas citó los artículos 2, 13, 29, 46, 48, 53 y 228 de la Constitución Política; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 y la sentencia del 25 de febrero de 2016, dictada por el exconsejero Gerardo Arenas Monsalve.

Afirmó que la actora al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen general de pensiones, contaba con más de 35 años de edad, por lo cual le es aplicable en su integridad el régimen anterior, es decir la Ley 33 de 1985.

Adujo que a la actora le asiste derecho a que la pensión que devenga sea liquidada con los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad al criterio del Consejo de Estado expuesto en la sentencia del 4 de agosto de 2010 y no con los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994, como erróneamente lo aplicó la entidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 104-110).

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante se tasa de conformidad a la Ley 100 de 1993, en consideración a que la misma no es sujeto del

régimen de transición, efecto para el cual la Administradora tuvo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) *"GENÉRICA O INOMINADA"*; con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso e (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión de la actora con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas 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 fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 10 de octubre del año en curso (Fls. 160 a 163), las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte demandante, manifestó que se ratifica en todos los hechos y pretensiones de la demanda, señalando además que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le aplique en su integridad la Ley 33 de 1985, motivo por el cual solicitó que se reliquide su prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada se ratificó en cada uno de los puntos de hecho y de derecho de la contestación, precisando que la actora no acreditó los 20 años de servicios para que su pensión sea liquidada en los términos de la Ley 33 de 1985.

Además, señaló que se debe tener en cuenta el criterio de la Corte Constitucional al momento de liquidar la prestación social de la actora, en consideración a que el ingreso base de liquidación está excluido del régimen de transición, por lo cual se debe tomar el promedio de los factores salariales devengados en los 10 últimos años de servicios o del tiempo que le hiciere falta.

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 10 de octubre de 2017 (Fls. 160 a 163), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que si pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año laborado, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985 o con el 75% de todo lo devengado durante los últimos 10 años?

2. ACERVO PROBATORIO.

1. Copia simple de la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez a favor de la actora (Fls. 17-21).

2. Copia simple de recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión el 7 de noviembre de 2013 (Fls. 22-34).

3. Copia simple de la Resolución No. GNR 259888 del 15 de julio de 2014, por la cual se resolvió un recurso de reposición, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 36-39).

4. Resolución No. VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, por la cual se resolvió un recurso de apelación, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 40-44).

5. Copia simple del certificado de información laboral expedido por el Departamento de Cundinamarca, en el que se indica el tiempo laborado por la actora en esa entidad (Fl. 45).

6. Copia simple del certificado de información laboral expedido por el Municipio de La Mesa, en el que se indica el tiempo laborado por la actora en el cargo de Personera de esa entidad territorial (Fls. 46-50).

7. Copia simple del certificado de información laboral expedido por la Contraloría Municipal de Soacha, en el que se indica el tiempo laborado por la actora en esa entidad (Fls. 51-52).

8. Copia simple del certificado de información laboral expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, en el que se indica la fecha en la cual la actora ingresó a prestar los servicios como servidora judicial (Fl. 53).

9. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial, en la que se informan los factores salariales devengados por la actor en los años 2006, 2007 y 2010 (Fls. 54-55).

10. Copia simple de certificado expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial, en la que se relacionan los factores devengados por la actora en los años 2011 a 2013 (Fls. 56-57).

11. Copia simple del certificado expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial, en el que se relacionan los factores salariales devengados por la actora en los años 2015 y 2016 (Fls. 57-60).

12. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Mery Cecilia Moreno Amaya (Fl. 61).

13. Resumen de semanas cotizadas por la señora Moreno en la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES (Fls. 96-102).

14. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la parte demandante (Fl. 111).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Previo a realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, es menester precisar que la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció pensión de vejez de conformidad a lo establecido en la Ley 71 de 1988, en consideración a que la actora acreditó más de 20 años de aportes sufragados tanto del sector público como del sector privado.

No obstante, la parte actora afirmó que laboró por más de 20 años al servicio del estado, cumpliendo con los requisitos del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, para que le sea reconocida su pensión en los términos de la Ley 33 de 1985.

En ese sentido, para darle solución al problema jurídico planteado este Despacho considera necesario hacer un estudio del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de los requisitos contemplados en la Ley 71 de 1988 y a su vez de los contemplados en la Ley 33 de 1985, con el fin de establecer si le asiste razón a la actora, señalando además los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión.

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

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

> *"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> ***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.*** *Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
> *(...)".* (Negrilla fuera de texto).

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

En virtud de lo anterior, se tiene que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se pueden reconocer con la normatividad anterior, que para el asunto de la referencia es la Ley 71 de 1988 o la Ley 33 de 1985, que al respecto consagran:

- **LEY 71 DE 1988**

El régimen que consagra la pensión por aportes, es la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7º dispuso:

> *"ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales,* ***tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan*** *sesenta (60) años de edad o más si es varón y* ***cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***
>
> *El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". (Negrillas fuera de texto)*

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

> *"Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.*
> *Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.*
>
> *No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:*
> *a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;*
> *b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.*
> *c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;*
> *d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez".*

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

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y

como requisito para acceder a la mentada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores oficiales acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, y ante el Instituto de Seguros Sociales.

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

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

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

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

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

> ***"Artículo 6°.*** *Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes.* ***El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.***
>
> ***Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente."***

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

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

"(...) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

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

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

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

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

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

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

- **LEY 33 DE 1985**

El régimen general de pensiones estaba contemplado en 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*** *(...)".*
> *(Negrillas fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

> *"Artículo 3°. 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 1°.** 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.

- **DE LOS FACTORES SALARIALES**

El Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los 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."*[1] (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 25000232500020060750901.

> *"(...) 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 ntingencias que se pueden generar a futuro, como por ejemplo, la vejez. a de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios****, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*
>
> *Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las* ***primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones*** *y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)".*[2] (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 Rincón[3], 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.

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

> *"(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.*
> *(...)*
> *Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.*

---

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

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

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

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

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

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

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

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa

Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo esta integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

> *En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.*
>
> *Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:*
>
> > *"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con* ***el monto*** *de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*
> >
> > *"****Monto****, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y* ***monta*** *es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*
> >
> > *"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra* ***"monto"*** *que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra* ***monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas,*** *sino* ***la liquidación aritmética del derecho,*** *que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.* (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).
> > (...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

> *"(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta*

Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, ***apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.***

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de n2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.
(...)
En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

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

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

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

de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

> *"(....) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*
>
> *Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".*

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

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

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

> *"(...)*
>
> *6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[4] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*
>
> *6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta*

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

del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[5].

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[6]*, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."*

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."[7]

(...)".

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

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en

---

[5] Cfr. Sentencia C-258 de,2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
[6] Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.
[7] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

> *"(...)*
> *Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.*
>
> ***Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde*** *"el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". **[Negrilla y subrayado fuera del original]***
>
> ***En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]***
>
> *8.2.5. Finalmente, en la sentencia **C-168 de 1995**, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexequible un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.*
>
> *Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "**que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013".***
> *(...)".*

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán

sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

> *"(...)*
> *Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.*
>
> ***Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde*** *"el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". **[Negrilla y subrayado fuera del original]***
>
> ***En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]***
>
> *8.2.5. Finalmente, en la sentencia **C-168 de 1995**, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexequible un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.*
>
> *Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "**que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013".***
> *(...)".*

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán

> ***diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.*** *Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.*
> *(...)".*

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera íntegra y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

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

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

> *"(...)*
> *Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.*
>
> *Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.*
>
> *Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de*

ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

Al respecto, señaló lo siguiente:

> *"(...)*
> *Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU–230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tangan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».*
>
> *Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*
>
> *Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos(...)ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política(...).*
>
> *Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.*
> *(...)".*

Por otra parte, la Corte Constitucional expidió el Comunicado No. 27 del 10 y 11 de mayo de 2017, en el cual se indicó que la Sala Plena de dicha Corporación declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, en el mismo comunicado se manifestó que contra el auto que declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, se presentaron salvamento de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia referida son distintas a las sentencias C-258 de 2013, SU 230 del 2015 y SU 405 del

2016, motivo por el cual no se puede manifestar que esta desconoció el precedente establecido.

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

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

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

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Mery Cecilia Moreno Amaya, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, GNR 259888 del 15 de julio de 2014 y VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la actora, resolvió un recurso de reposición y de apelación, respectivamente.

Ahora bien, como se indicó en la parte normativa y jurisprudencial de la presente providencia, la entidad demandada reconoció pensión de vejez a la actora en los términos de la Ley 71 de 1988 a través de la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013 (Fls. 17–21), por haber realizado aportes al sector público y al sector privado.

Entonces, con el fin de establecer si la actora cumple con los 20 años de servicios prestados al sector público, esta instancia procede a relacionar los tiempos prestados por la señora Mery Cecilia Moreno Amaya en calidad de empleada pública en el Departamento de Cundinamarca, Alcaldía de La Mesa, Contraloría Municipal de Soacha y en la Rama judicial de la siguiente manera:

- Departamento de Cundinamarca: conforme a la certificación obrante a folio 45 del expediente, laboró desde el 13 de abril de 1989 hasta el 28 de febrero de 1995. **Total: 5 años 10 meses 16 días.**

- Alcaldía de La Mesa (Cundinamarca) –Personera municipal: conforme a la certificación obrante a folio 46 del expediente, laboró desde el 1º de marzo de 1995 hasta el 28 de febrero de 2001. **Total: 5 años 11 meses 28 días.**

- Contraloría Municipal de Soacha: conforme a la certificación obrante a folio 51 del expediente, laboró desde el 16 de enero de 2004 hasta el 30 de mayo de 2006. **Total: 2 años 4 meses 15 días.**

- Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá -Cundinamarca: conforme a la certificación obrante a folio 53 del expediente, laboró desde el 01 de junio de 2006 a la fecha, por lo cual se tomará hasta la fecha de su expedición, es decir hasta el 23 de julio de 2013. **Total: 7 años 1 mes 23 días.**

De la suma total de los tiempos antes referidos, se puede establecer que la actora laboró al servicio del sector público hasta la fecha de expedición de la certificación de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá –Cundinamarca, esto es, hasta el 23 de julio de 2013, **21 años 4 meses 22 días.**

Ahora bien, para efectos de establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual la señora Mery Cecilia Moreno Amaya, tenía 39 años de edad, pues nació el 9 de agosto de 1954, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 61 del expediente.

En virtud de lo anterior, no está en discusión que el régimen aplicable a la actora es el contemplado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en consideración a que se cumplen los requisitos del régimen de transición allí establecidos.

Desatado lo anterior y en atención a que lo pretendido es el reconocimiento de la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, se hace necesario traer a colación la disposición contemplada en su artículo 1°, según la cual *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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."*.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la señora Mery Cecilia laboró por más de 21 años de servicios al sector público y que cumplió 55 años de edad el 9 de agosto de 2009, razón por la cual, los 20 años de servicios para efectos de constituir la fecha de adquisición del estatus pensional se cumplen el **1° de marzo de 2012**.

No obstante lo anterior, tal como se adujo en precedencia la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, mediante la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez a la señora Mery Cecilia Moreno Amaya en los términos de la Ley 71 de 1988, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, es decir, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, con la inclusión de los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 (Fls. 17 a 21).

Bajo las anteriores consideraciones, esta instancia judicial establece que en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, el tiempo de servicios laborados al sector público por parte de la señora Moreno Amaya es suficiente para reconocer la pensión y por ende resulta aplicable la Ley 33 de 1985, es decir, que cumplió 20 años de servicios al sector oficial, requisito indispensable para hacerse acreedora a este régimen pensional.

En este punto, es relevante aclarar que la Ley 71 de 1988 permitió qué las personas consolidaran su derecho pensional con tiempos públicos y tiempos privados, es decir,

que aquellos que no hayan prestado los 20 años de servicios a entidades públicas lograran completar dicho tiempo con el sector privado para poder adquirir su prestación.

Lo dicho en precedencia da a concluir que quienes además de realizar aportes al sector privado hayan cumplido sus 20 años de servicios al sector público, no se les debe aplicar el régimen de la Ley 71 de 1988, en caso de que este resulte menos favorable al pensionado, teniendo en cuenta que se les estaría causando un detrimento en su mesada pensional.

Por lo expuesto, el Despacho resalta que es más favorable para la actora que la pensión se le reconozca y liquide en los términos de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que para el asunto de la referencia el ingreso base de liquidación lo constituye el promedio de lo devengado en el año de servicios prestado en la entidad pública anterior al reconocimiento pensional, mientras que al ordenar reliquidar la pensión con los factores salariales del último año de servicios en virtud de la Ley 71 de 1988, se debe tener en cuenta un ingreso base tanto del sector público como del sector privado, motivo que implica que se promedie la asignación básica devengada en la entidad pública y en la empresa privada.

Es decir, que el salario promedio sobre el cual se toma el 75% de la pensión va a ser inferior al devengado en la entidad pública, razón por la cual, se establece que en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios o para este caso con el año anterior al reconocimiento 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, en consideración a que la fecha de reconocimiento pensional de la actora fue el 3 de octubre de 2013, se infiere que los factores a tener en cuenta son los

devengados en el periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2012 y el 3 de octubre de 2013.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo antes señalado, relacionados en la certificación expedida por la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial (Fl.56), según la cual, la actora percibió: sueldo básico mensual, prima especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por actividad judicial de junio y diciembre y bonificación judicial.

De los anteriores factores, tal y como se desprende de la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013 (Fls. 17 a 21), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica y bonificación por servicios prestados quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por actividad judicial de junio y diciembre y bonificación judicial.**

En consideración a que la posición de esta instancia es acceder a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al reconocimiento pensional -controversia principal sobre la cual gira el presente asunto, este Despacho se relevará de efectuar pronunciamiento alguno respecto de la pretensión subsidiaria, pues esta no goza de relevancia jurídica para los intereses de la actora, una vez quedó demostrado que le asiste derecho a que su pensión se reliquide en los términos de la Ley 33 de 1985 y como en efecto quedará consagrado en el presente fallo.

Bajo las anteriores consideraciones al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 259888 del 15 de julio de 2014 y VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, a través de las cuales la entidad demandada resolvió los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, reliquidar la pensión de

la señora Mery Cecilia Moreno Amaya conforme la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al reconocimiento pensional, comprendido entre el 4 de octubre de 2012 y el 3 de octubre de 2013, a saber: **la bonificación judicial y las doceavas partes de la prima especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por actividad judicial de junio y diciembre,** además de los ya reconocidos sueldo básico mensual y bonificación por servicios prestados.

Se precisa que se ordenara tener en cuenta en la base de liquidación pensional la bonificación judicial, en consideración a que así lo dispuso el Presidente de la República en el Decreto 383 de 2013, de la siguiente manera:

> ***"Artículo 1°.*** *Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan,* ***una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones*** *y al Sistema General de Seguridad Social en Salud."* (Negrillas fuera del texto)

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Adicionalmente, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción que corresponda al trabajador.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el reajuste de la pensión de la señora Mery Cecilia Moreno Amaya se ordenó teniendo en cuenta que los ingresos percibidos en el último año de servicios o de adquisición del estatus pensional no han sido aumentados de manera significativa, pues los mismos corresponden a la realidad y los ha devengado de manera habitual y periódica, respetando además los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso para el trabajador la interpretación, según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus

necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicios o adquisición del estatus pensional y no con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

Aunado a lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en los asuntos laborales es de especial relevancia lo consagrado en el artículo 53 ibídem.

En ese sentido y bajo los presupuestos que anteceden, es menester señalar que el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio pro homine, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se pueden generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

Por consiguiente, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto, estaría en contra de los principios de favorabilidad, indubio pro operario y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8° del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Adicionalmente, se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que dé lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, 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 pensión de vejez a través de Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013 (Fls. 17-21), la cual será ingresada en nómina una vez se acredite el retiro definitivo del servicio, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto no se configura el fenómeno jurídico de la prescripción.

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 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.

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 247154 del 3 de octubre de 2013 y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 259888 del 15 de julio de 2014 y VPB 43254 del 14 de mayo de 2015, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar la pensión que devenga la señora Mery Cecilia Moreno Amaya identificada con cédula de ciudadanía No. 20.684.700 de la Mesa (Cundinamarca), con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de reconocimiento pensional en los términos de la Ley 33 de 1985, esto es, periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2012 y el 3 de octubre de 2013, a saber: además del sueldo básico mensual y bonificación por servicios ya reconocidos, los siguientes: **bonificación judicial y las doceavas partes de la prima especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por actividad judicial de junio y diciembre,** previo descuento del valor de los aportes pensionales no realizados sobre los factores certificados, en la proporción correspondiente al trabajador, si a ello hubiere lugar.

La presente prestación se encuentra condicionada a que la actora acredite el retiro definitivo del servicio.

TERCERO: 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 vejez causada por la actora, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

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: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: 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

C.A.

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

Hoy 29 de noviembre de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 84.

ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario

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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso:	**11001-33-42-052-2017-0089-00**
Demandantes:	**Ubelminia Dávila de Restrepo y Ana Esperanza Nechiza Delgado en nombre y representación de David Stiven Restrepo Nechiza**
Demandado:	**Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**
Asunto:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – IPC**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Ubelminia Dávila de Restrepo y Ana Esperanza Nechiza Delgado en representación del menor Davis Stiven Restrepo Nechiza en contra de la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares – CREMIL.

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, las demandantes, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudieron a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad de los Oficios Nos. 123348 del 10 de Diciembre de 2014, y 93940 del 23 de Noviembre de 2016 expedidos por la entidad accionada, mediante los cuales se negó el reajuste de la prestación pensional que actualmente devengan teniendo en cuenta el IPC para los años de 1999 en adelante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitaron se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a:

- Reliquidar la sustitución de asignación de retiro de los sujetos activos con los diferentes ítems que lo componen.

- Se condene a la entidad accionada al realizar el reajuste de la sustitución de la asignación de retiro mes a mes.

- Se condene a la entidad demandada al pago de los dineros adeudados a partir del 1° de enero de 1997 y hasta cuando se incluya en nómina el referido pago.

- Se condene a CREMIL a la cancelación de las sumas adeudadas de forma actualizada junto con los intereses comerciales y moratorios con base en lo señalado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

- Ordenar al extremo pasivo dar cumplimiento a la sentencia con base en lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informan que (fl.23):

La entidad accionada reconoció a la señora Ubelminia Dávila de Restrepo y al joven David Stiven Restrepo Nechiza, sustitución de asignación de retiro que devengada el señor José Antonio Restrepo Osorio (QEPD) a través de la Resolución No. 327 del 28 de enero de 2015.

El señor José Antonio Restrepo Osorio (QEPD), radicó escrito en ejercicio del derecho de petición el 26 de noviembre de 2014 en el cual solicitó se reajustara su asignación de retiro con base en el IPC para los años de 1999 en adelante, petición que fue resuelta desfavorablemente por la entidad accionada mediante el Oficio No. 123348 del 10 de Diciembre de 2014.

Luego, las demandantes en ejercicio del derecho de petición radicaron escrito ante el sujeto pasivo el 31 de octubre de 2016, en el cual solicitaron el reajuste de su sustitución de asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC para los años de 1999 en adelante.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, a través del Oficio No. 93940 del 23 de Noviembre de 2016 negó la anterior petición, reiterando los argumentos expuestos en el Oficio No. 123348 del 10 de Diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 29 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992 articulo 1 literal D, Ley 100 de 1993 articulo 14 y Ley 238 de 1995 artículo 1°.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente tal como obra en el expediente a folios 57 a 60, pronunciándose frente a los hechos y pretensiones, respecto de las cuales; (i) acepta el hecho relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro a favor del señor Cabo Primero ® del Ejército Nacional Restrepo Osorio José Antonio que se efectuó mediante Resolución No. 1436 de 1976, prestación pensional que luego fue sustituida a favor de los accionante mediante Resolución No. 327 de 2015, (ii) acepta los hechos relacionados con la conclusión del procedimiento administrativo, petición presentada ante CREMIL y su respectiva contestación y (iii) se opone igualmente a todas y cada una de las pretensiones; la condena en costas y agencias en derecho.

Para el efecto, denominó como medio de defensa los siguientes: *"Régimen especial Para miembros de la fuerza pública", "Jurisprudencia acerca de la diferencia con la Ley 100 de 1993", "Prohibición de variación del Régimen Especial", Principio de oscilación de la asignación de retiro aplicable a la Fuerza Pública" y "Prescripción de mesadas".*

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a los medios exceptivos en cita, advierte el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas 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, por lo cual el Juzgado procederá a proferir sentencia que resuelva la controversia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 21 de noviembre de 2017 (Fls.103-106), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 13:30 hasta el minuto 18:28), por su parte el apoderado de la parte demandada expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 18:34 hasta el minuto 20:40)

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 21 de noviembre de 2017 (Fls. 103 a 106), 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 los demandantes, a que en virtud de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la sustitución de asignaciones de retiro que disfrutan sean reajustadas y reliquidadas, teniendo en cuenta el indicador económico del IPC, desde el año 1999 hasta el año 2017?

ACERVO PROBATORIO.

Obran como tal las siguientes documentales en el proceso:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 31 de octubre de 2016, en el cual, los accionantes solicitaron el reajuste de su sustitución de asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC a partir del año de 1997 y subsiguientes (Fl. 3 a 4).

2. Oficio No. 2016-77399 del 23 de noviembre de 2016, mediante el cual la entidad demandada, negó la anterior petición (Fl.5).

3. Oficio No. 2014-94209 del 10 de diciembre de 2014, a través de la cual el sujeto pasivo negó la petición radicada el 26 de noviembre del mismo año por el señor José Antonio Restrepo Osorio quien en vida solicitó el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC para los años de 1997 en adelante (Fl.7).

4. Resolución No. 327 del 28 de enero 2015, a través del cual, la parte demandada le reconoció a los accionantes la sustitución de asignación de

retiro de su difunto esposo y padre, el Cabo Primero ® RESTREPO OSORIO JOSE ANTONIO (Fls.9 a 11)

5. Copia de la Resolución No. 1176 del 10 de noviembre de 1976 a través de la cual, se le reconoció al extinto RESTREPO OSORIO JOSE ANTONIO asignación mensual de retiro (Fl.12)

6. Hoja de servicios del señor Cabo Primero ® RESTREPO OSORIO JOSE ANTONIO (Fl.13).

7. Certificado de los sueldos básicos de distintos grados de la Policia Nacional y el Ejército Nacional (Fls.15 a 21).

8. Copia del Expediente Administrativo (Fls.70 a 86).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis respecto de la normatividad que establece la forma en la cual se debe realizar el reajuste de las asignaciones de retiro y/o pensiones al personal de la Fuerza Pública.

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].

Por otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública:

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

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

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

Concordante con lo anterior y sobre el punto que se debate en este proceso, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

"ARTÍCULO 14-. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno."

Luego del anterior recüento normativo se deriva que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al incremento de su asignación de retiro y/o pensión con arreglo al índice de precios al consumidor, cuando quiera que éste supere el incremento resultante de la aplicación del sistema de oscilación.

Al respecto el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de mayo de 2007 indicó:

"(...) Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo

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

disponía el Decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad."[2]

Lo referido significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el mencionado derecho se encuentra limitado en el tiempo, por cuanto el Decreto 4433 del 2004, estableció que a partir del año 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro y/o pensiones de la Fuerza Pública se iba a realizar conforme al principio de oscilación esto es que para el efecto se tendrá en cuenta la totalidad de valores que se produzcan en tiempo respecto a los miembros en actividad.

Lo anterior, por cuanto una cosa es el reajuste sobre la base de una asignación de retiro y/o pensión hasta el 2004, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE y otra es que esos incrementos a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, se harán conforme al principio de oscilación.

En ese orden de ideas y cómo se mencionó en líneas precedentes, los miembros de la Fuerza Pública tiene derecho al reajuste de su pensión y/o asignación de retiro para los años 1997 a 2004 conforme al IPC certificado por el DANE, siempre y cuando el reajuste realizado haya estado por debajo de dicho indicador en relación con el reajuste aplicado para las anualidades citadas por parte de las entidades encargadas de tal, esto es CASUR, CREMIL o el Ministerio de Defensa, según el caso.

Adicional a lo indicado se encuentra el hecho de que la asignación de retiro se asimila a la pensión, sobre la naturaleza jurídica de la misma, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del Decreto Ley 2070 de 2003 expresó lo que sigue:

"Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes"[3].

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sentencia de 17 de mayo de 2007, expediente No. 8464-05, C.P.: JAIME MORENO GARCÍA.
[3] Sentencia C – 432 de 6 de mayo de 2004, expediente D-4882 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

Criterio que atiende el Despacho, pues indudablemente la asignación de retiro tiene similitud con las pensiones, a pesar de que posee sus particularidades, de conformidad con lo expresado por el Corte Constitucional en la Sentencia C-432 de 2004, así como los demás pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado al respecto.

Sobre este aspecto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca expuso:

> *"En este orden de ideas, es preciso considerar que la asignación de retiro, desde el punto de vista prestacional, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión de invalidez, señalada en las normas legales para los miembros de la fuerza pública, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a un servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones previstas para todos los servidores públicos y privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y, que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las fuerzas militares y de la policía que, gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro"*[4].

Se reitera entonces que la garantía establecida en la Ley 238 de 1995 cobija por entero a las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, es decir, que las asignaciones de retiro son susceptibles de incrementarse con el IPC de acuerdo con los artículos 14, 142 y 238 de la Ley 100 de 1993, al efecto el Consejo de Estado ha sostenido:

> *"En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.*
>
> *"A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública."*[5]

---

[4] Sentencia de 17 de noviembre de 2005, expediente N° 03-8605, demandante: Nacim Yanine Díaz, M.P.: María Del Carmen Jarrín Cerón.
[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del: 12 de febrero de 2009.Radicado: 2443-08.

En síntesis, puede ocurrir que al aplicarse el principio de oscilación, los sueldos de los miembros de la Fuerza Pública se incrementen por el Gobierno en un porcentaje inferior al del IPC, lo que habrá de redundar en detrimento del aumento de la asignación de retiro, evento que obliga al reajuste de dicha prestación pensional reconocida ajustadas a los parámetros del IPC.

Bajo esta perspectiva y con arraigo al principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política concordante con la Ley 238 de 1995, las asignaciones de retiro pueden incrementarse en sus montos atendiendo al mayor valor que resulte de la comparación entre los guarismos del sistema de oscilación y los del IPC.

CASO CONCRETO.

Conforme al material probatorio aportado al plenario y las alegaciones de las partes procesales, se advierte que a través de la Resolución No. 327 del 28 de enero de 2015 CREMIL reconoció sustitución de asignación de retiro a favor la señora Ubelminia Dávila de Restrepo y el joven David Stiven Restrepo Nechiza en ocasión al fallecimiento del Cabo Primero ® José Antonio Restrepo Osorio.

Los demandantes solicitan que se le reconozca y pague las sumas dejadas de percibir por concepto de reajuste de su prestación pensional, en los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional a partir del año 1997 en adelante con base en el indicador económico del IPC, certificado por el DANE.

En consideración a lo solicitado, el Despacho a través del siguiente cuadro comparativo analiza los incrementos reconocidos por la entidad accionada en aplicación del principio de oscilación y lo establecido en las variaciones porcentuales del Índice de Precios al Consumidor para las anualidades solicitadas por el sujeto activo a efectos de establecer que incremento le resulto más favorable:

	Incremento	Oscilación :CABO PRIMERO		
AÑO	IPC	Decreto	%	DIFERENCIA
1997	21,63%	122 de 1997	28,88%	7,25%
1998	17,68%	058 de 1998	17,92%	0,24%
1999	**16,70%**	**062 de 1999**	**14,91%**	**-1,79%**
2000	9,23%	2724 de 2000	9,23%	0,00%
2001	8,75%	2737 de 2001	9,00%	0,25%
2002	**7,65%**	**745 de 2002**	**6,00%**	**-1,65%**

De acuerdo a los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, se aprecia claramente las diferencias presentadas en perjuicio de los accionantes, en comparación con el porcentaje del índice de precios al consumidor aplicable para las anualidades de 1999 y 2002.

En esas condiciones, prospera el ajuste con base en el IPC, por consiguiente el extremo pasivo deberá reajustar la sustitución de asignación de retiro de los accionantes respecto de los años 1999 y 2002, teniendo en cuenta que el aumento de dicha base salarial incide en el aumento de la mesada del año siguiente y así sucesivamente.

Ahora bien, demostrada la existencia del derecho que le asiste a los demandantes a que su prestación pensional sea reajustada conforme al IPC, este Juzgado procede a revisar la prescripción aplicable al asunto, en virtud del medio exceptivo impetrado por el extremo pasivo y los alegatos expuestos por la mandataria de la parte actora.

Así pues, durante las anualidades citadas la norma vigente que se encontraba rigiendo en términos de prescripción era el Decreto 1211 de 1990 que en su artículo 174 señala:

> *"**ARTÍCULO 174. PRESCRIPCION.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."*

A través del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional modificó el anterior término prescriptivo, disminuyéndolo a tres años.

Sin embargo, en dicha Decreto no se habló nada de las asignaciones y/o pensiones reconocidas antes de su entrada en vigencia, motivo por el cual, el término prescriptivo de tres años sólo es aplicable a las asignaciones de retiro y/o pensiones que hayan sido otorgadas a partir del 2004 en aplicación del principio general de la irretroactividad de la ley.

Así pues, en el presente asunto la prescripción a aplicar es la cuatrienal en concordancia con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 antes trascrito, por cuanto al señor José Antonio Restrepo Osorio (QEPD), le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 1176 de 1976 (fl.12), quien a su vez elevó escrito en

ejercicio del derecho de petición el 26 de noviembre de 2014 en el cual solicitó el reajuste de dicha prestación pensional a partir de 1997 teniendo en cuenta el IPC (fl.7).

Los accionantes, luego que la asignación de retiro que disfrutaba el señor José Antonio Restrepo Osorio (QEPD) les fuera sustituida, radicaron escrito ante el sujeto pasivo el 31 de octubre de 2016 (fls.3-4) en el cual solicitaron igualmente el reajuste de su prestación pensional con base en el IPC.

No obstante, se advierte que entre la petición inicialmente radicada por el causante (26 de noviembre de 2014) y la presentada por los sujetos activos (31 de octubre de 2016) no trascurrió el término cuatrienal del que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, por lo cual, se tomará la primera fecha a efectos de la prescripción.

En ese sentido, a partir del 26 de noviembre de 2014, se interrumpió la prescripción por un lapso de cuatro años, lo que significa que las mesadas que serán objeto del reajuste a que haya lugar son las causadas a partir del 26 de noviembre de 2010, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

Ahora bien, la parte actora dentro de los alegatos de conclusión solicitó se aplique únicamente la prescripción a la señora Ubelminia Dávila de Restrepo, por cuanto el joven David Stiven Restrepo Nechiza es menor de edad.

Respecto a lo anterior, el Despacho considera necesario realizar las siguientes precisiones:

La prescripción es el fenómeno jurídico en virtud del cual se extingue (prescripción extintiva) o se adquiere un derecho (prescripción adquisitiva) por el simple transcurso del tiempo. Así, entrándose de la prescripción extintiva en materia laboral se tiene que los interesados deberán ejercer las acciones dentro de los términos establecidos en la Ley so pena de perder la oportunidad para solicitar sus derechos.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en providencia del 2 de marzo de 2017 advirtió:

> *"La prescripción, desde la visión de la doctrina y la legislación civilista, es el fenómeno jurídico mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación establezcan la prescripción*

bien sea en materia adquisitiva o extintiva. ***En lo que concierne puntualmente a la prescripción extintiva debe decirse que ella conlleva el deber de cada persona a reclamar sus derechos en un tiempo prudencial, el cual está fijado en la ley. Es decir que, para ejercer los derechos que se pretenden adquiridos, siempre se cuenta con un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder la posibilidad de su disfrute.*** *Bajo estos supuestos, una vez causado un determinado derecho el titular del mismo cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo ante la administración y, posteriormente, en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la administración, interrumpe el referido lapso de tiempo por otro período igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años." (Negrilla fuera de texto)*[6]

No hay que olvidar, que respecto a las pensiones y/o asignaciones de retiro son imprescriptibles por tratarse de prestaciones periódicas y de tracto sucesivo, siendo sólo objeto de prescripción las mesadas pensionales que se hubieren generado por fuera del término trienal o cuatrienal según corresponda.

En tratándose de los menores de edad, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido clara al señalar que no es posible aplicar la prescripción extintiva hasta tanto no cumplan la mayoría de edad, por lo que sólo a partir de esa fecha es factible empezar a contabilizar el término prescriptivo para la extinción de un derecho[7]. Sin embargo, ello no significa que no se encuentren atados a la prescripción de las mesadas pensionales.

Sobre el particular, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en providencia del 28 de julio de 2011 al resolver una consideración de la parte actora en igual sentido a la expuesta en el epígrafe ateniente a la no aplicación de la prescripción; expuso:

"Ahora bien, respecto de la solicitud de la parte demandante de que se omita la aplicación de la prescripción como quiera que se trata de una solicitud elevada por menores de edad, debe precisar esta Corporación lo siguiente:

Como es sabido la prescripción es un medio de extinguir el derecho de acción que se afirma respecto de una pretensión concreta; pues bien, si el titular de esa pretensión ejerce su derecho de acción para solicitar que ella le sea reconocida y lo hace oportunamente a través de la presentación de la demanda, interrumpe el cómputo del término de prescripción, por cuanto ejercito su derecho en tiempo.

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 2 de marzo de 2017, M.P CESAR PALOMINO CORTES radicado No. (2102-12)

[7] Bajo la misma línea se ha mantenido el Consejo de Estado en el sentido que el derecho al reconocimiento y pago de un derecho laboral prescribe a partir del momento en el que el menor cumple la mayoría de edad, para el efecto ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2010, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1259-2009; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 0526-2008, Consejo de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 2 de marzo de 2017 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cueter.

La parte considera que "no podían declararse prescritas ni las cuotas pensionales ni las diferencias de reajuste causadas con anterioridad al año 2005, por expresa prohibición legal".

Al respecto, debe precisarse que tal solicitud carece de vocación de prosperidad, pues si bien es cierto, el numeral 1° del artículo 2530 del Código Civil – Ley 57 de 1997, modificado por el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, disponía que se podía suspender la prescripción ordinaria a favor de los menores, dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria postestad, tutela o curaduría, también lo es que tal preceptiva fue modificada mediante el artículo 3° de la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil, en el sentido de señalar que la prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, excluyendo de tal enumeración a los menores. (...)

Así las cosas, como quiera que la Ley ha otorgado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, es viable que la parte interesada pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador"

Por lo anterior, el joven David Stiven Restrepo Nechiza al igual que la señora Ubelminia Dávila de Restrepo, tiene derecho al reajuste de su prestación pensional a partir del 26 de noviembre de 2010 en aplicación de la prescripción cuatrienal de las mesadas señalada en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, con base en lo expuesto en líneas anteriores.

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, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

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

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: 2014-94209 del 10 de diciembre de 2014 y 2016-77399 del 23 de noviembre de 2016, mediante los cuales la entidad accionada negó el reajuste de la prestación pensional teniendo en cuenta el IPC.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** a reajustar la sustitución de asignación de retiro que disfrutan la señora UBELMINIA DAVILA DE RESTREPO identificada con la cédula de ciudadanía 29.802.821 y el Joven DAVID STIVEN RESTREPO NECHIZA identificado con la Tarjeta de Identidad 1001339329, correspondiente a los años 1999 y 2002, aplicando el incremento del índice de precios al consumidor para dichas anualidades.

CUARTO: Reliquidar y pagar los valores resultantes del reajuste de las mesadas de la

sustitución de la asignación de retiro pagada a los accionantes, 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 26 de noviembre de 2010, sumas que serán actualizadas conforme a los señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es con la fórmula:

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

QUINTO: Declarar probada la excepción de prescripción cuatrienal sobre las mesadas de la sustitución de la asignación de retiro anteriores al 26 de noviembre de 2010, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

NOVENO: 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, déjense 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

S.A

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

Hoy 29 de noviembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 84.

ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario