



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

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00326-00
Demandante: DARIO ALFONSO REYES CAMACHO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Descuentos en Salud

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por los señores: Darío Alfonso Reyes Camacho, Francisco Ríos García, Fabio Rafael Galán Rodríguez, Alfonso Eduardo Rojas Bahamon, Francisco Antonio Forero Avendaño, Carlos Julio Reina León, Segismundo Olaya González, y Teresa de Jesús Zuñiga Sachica en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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, los señores: Darío Alfonso Reyes Camacho, Francisco Ríos García, Fabio Rafael Galán Rodríguez, Alfonso Eduardo Rojas Bahamon, Francisco Antonio Forero Avendaño, Carlos Julio Reina León, Segismundo Olaya González, y Teresa de Jesús Zuñiga Sachica, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudieron ante este Despacho pretendiendo que:

Se tenga como configurado el acto ficto negativo en consideración a que la entidad accionada no se ha pronunciado de fondo respecto de la petición elevada el 3 de febrero de 2012, mediante los cuales solicitaron la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

Se declare la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó de fondo las solicitudes elevadas el 3

de febrero de 2012, mediante las cuales solicitaron el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitaron se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

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.

Condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas con aplicación de los porcentajes del IPC, conforme los artículos 192 y 195 del CPACA.

Condenar a la demandada al pago de gastos y costas procesales en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informan que (Fl.29):

Los demandantes prestaron sus servicios como docentes en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión vitalicia de jubilación a los accionantes.

La Fiduciaria La Previsora S.A., desde la fecha de reconocimiento ha venido efectuando descuentos a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año respecto a las pensiones de los sujetos activos.

En vista de lo anterior, el 3 de febrero de 2012 los demandantes en ejercicio del derecho de petición elevaron escrito ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los cuales

solicitaron el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, sin que a la fecha se haya dado respuesta de fondo.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto acusado, cita los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 57 y 153 de 1887, Ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2003, Ley 1250 de 2008 y Ley 812 de 2003.

Afirmó el mandatario de los sujetos activos que la entidad demandada se encuentra en contravía del ordenamiento jurídico al no suspender y reintegrar los descuentos en salud que se efectuaron sobre las mesadas adicionales de las pensiones a ellos reconocidas.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se abstuvo de presentar contestación de la demanda dentro del término legal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 28 de septiembre de 2018 (fl.169) se corrió traslado a las partes procesales para que alegaran de conclusión, quienes guardaron silencio dentro del término legal.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 25 de julio de 2018 (Fls. 123 a 125), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por los extremos activos ante la accionada el 3 de febrero de 2012?
2. ¿Le asiste el derecho a los demandantes que se les reintegren los valores descontados por aportes a salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho pensional y hasta la sentencia?

2. ACERVO PROBATORIO.

- Copia de los cédulas de ciudadanía de los demandantes (fls.9 a 16).
- Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición por los demandantes ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 3 de febrero de 2012 a través del cual se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos de salud (fls.25 a 28).
- Resolución No. 006691 del 3 de diciembre de 2007, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Darío Alfonso Reyes Camacho a partir del 8 de junio de 2007 (fls.106 a 107).
- Resolución No. 2278 del 5 de enero de 1995, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Francisco Ríos García a partir del 7 de julio de 1993 (fls.109 a 110).
- Resolución No. 4313 del 25 de octubre de 2006, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reliquidó la pensión vitalicia de jubilación del señor Fabio Rafael Galán Rodríguez que fue reconocida a partir del 30 de agosto de 1994 (fls.110 a 111).
- Resolución No. 5166 del 19 de septiembre de 2002, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Alfonso Eduardo Rojas Bahamon a partir del 31 de octubre de 2001 (fls.112 a 113).
- Resolución No. 2463 del 23 de junio de 2006, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG

reconoció pensión de invalidez al señor Francisco Antonio Forero Avendaño a partir del 3 de febrero de 2006 (fls.114 a 115).

- Resolución No. 1618 del 21 de septiembre de 1994, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Carlos Julio Reina León a partir del 25 de diciembre de 1993 (fls.116 a 117).
- Resolución No. 4074 del 5 de octubre de 2006, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Segismundo Olaya González a partir del 17 de abril de 2006 (fls.118 a 119).
- Resolución No. 3497 del 26 de septiembre de 2001, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de FONPREMAG reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora Teresa de Jesús Zuñiga Sachica a partir del 17 de marzo de 2001 (fl.120).
- Extracto de pagos expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. donde se evidencia los descuentos en salud de las mesadas adicionales efectuadas a los accionantes (fls. 132 a 164).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que las peticiones elevadas por los demandantes ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen fecha de radicación el 3 de febrero de 2012, se colige que resulta aplicable el Código Contencioso Administrativo, lo anterior por cuanto la Ley 1437 de 2011 entro en rigor hasta el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código Contencioso Administrativo que en su artículo 40 consagró:

"ARTICULO 40. SILENCIO ADMINISTRATIVO. Transcurrido el plazo de dos (2) meses, contado desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia el silencio administrativo negativo implica pérdida de la competencia para resolver la petición.

Contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo no procederá ningún recurso por la vía gubernativa.

Pero se deberá investigar la posible falta disciplinaria del funcionario u órgano que omitió resolver"

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 2 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

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

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

- DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 -Por la cual se provee de nuevos recursos a la

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.

Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones-, en los siguientes términos:

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

- a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
- b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

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

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

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

"Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en

el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección "C", de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

**"DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES
(...)**

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

*Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente."*²

Así mismo, la Subsección "F" de dicho Tribunal en 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

² Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros

percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)

II. se responde.

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de

2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todas las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

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

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

CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta los interrogantes formulados en la fijación del litigio, es menester resolver en primer lugar si se encuentra configurado el acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto de la petición radicada por los extremos activos ante la entidad accionada el 3 de febrero de 2012 y en segundo lugar, si dichos sujetos procesales tienen derecho a la suspensión y reintegro de los descuentos en salud que se efectuaron sobre las mesadas adicionales de las pensiones que disfrutaban.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

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

Así las cosas, en el caso bajo estudio se tiene que se encuentra demostrado que los demandantes radicaron petición ante la accionada el 3 de febrero de 2012 (fl.25), en el cual solicitaron la suspensión y devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto el 3 de abril de 2012 según lo consagrado en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, vigente, como se expuso a la fecha de radicación del escrito de petición.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante la demandada el 3 de febrero de 2012.

DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

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

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

Ahora bien, se tiene que a folios 132 a 164 del plenario, obran extractos de pagos de las pensiones de los demandantes, donde se advierte que en efecto a esas prestaciones pensionales de dichos sujetos procesales se les ha venido realizando 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 las pensiones que devengan los demandantes desde el día en que se reconocieron pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.

Lo anterior, por cuanto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, toda vez que entre la fecha de efectividad de cada pensión de los demandantes, la formulación del escrito de petición y la radicación de la demanda se superó el término de prescripción trienal señalado en la norma referida, como pasa a exponerse:

DEMANDANTE	FECHA EFECTIVIDAD PENSIÓN	FECHA PETICIÓN ANTE FONPREMAG	PLAZO DE PRESENTACIÓN DEMANDA EN VIRTUD DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	RADICACIÓN DEMANDA	PRESCRIPCIÓN DE LAS SUMAS CAUSADAS CON ANTERIORIDAD AL
Darío Alfonso Reyes Camacho	8 de junio de 2007	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Francisco Ríos García	7 de julio de 1993	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Fabio Rafael Galán Rodríguez	30 de agosto de 1994	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Alfonso Eduardo Rojas Bahamon	31 de octubre de 2001	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Francisco Antonio Forero Avendaño	3 de febrero de 2006	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Carlos Julio Reina León	25 de diciembre de 1993	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Segismundo Olaya González	17 de abril de 2006	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013
Teresa de Jesús Zúñiga Sachica	17 de marzo de 2001	3 de febrero de 2012	3 de febrero de 2015	11 de abril de 2016	11 de abril de 2013

Conforme lo anterior, se tiene que si bien los accionantes interrumpieron el término de prescripción trienal con la formulación del escrito de petición del 3 de febrero de 2012, lo cierto es que radicaron la demanda hasta el 11 de abril de 2016, esto es, después del vencimiento del referido término, motivo por el cual, el pago de las sumas adeudadas en

virtud del reintegro de los descuentos por salud en las mesadas adicionales de las pensiones de los demandantes tendrá efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.

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

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

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición presentada por los demandantes el 3 de febrero de 2012.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición presentada el 3 de febrero de 2012, mediante el cuales los accionantes solicitaron suspender y efectuar el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO: 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:

- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Darío Alfonso Reyes Camacho, identificado con cédula de ciudadanía No. 291.159, con destino al sistema de salud desde del 8 de junio de 2007 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Francisco Ríos García, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.038.277, con destino al sistema de salud desde del 7 de julio de 1993 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Fabio Rafael Galán Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía No 6.774.685, con destino al sistema de salud desde del 30 de agosto de 1994 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Alfonso Eduardo Rojas Bahamon, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.746.625, con destino al sistema de salud desde del 31 de octubre de 2001 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Francisco Antonio Forero Avendaño, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.757.489, con destino al sistema de salud desde del 3 de febrero de 2006 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspende y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Carlos Julio Reina León, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.113.559, con destino al sistema de salud desde del 25 de diciembre de 1993 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.

- Suspender y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Segismundo Olaya González, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.130.856, con destino al sistema de salud desde del 17 de abril de 2006 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.
- Suspender y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga el señor Teresa de Jesús Zúñiga Sachica, identificado con cédula de ciudadanía No. 20.521.549, con destino al sistema de salud desde del 17 de marzo de 2001 pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2013.

CUARTO: 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:

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

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas.

SEXTO: 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.

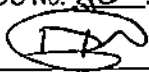
SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de

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

S.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 31 de octubre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>86</u>.  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--



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

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00164-00
Demandante: Rosa Myriam del Socorro Acevedo Castrillón
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 presentado por la señora Rosa Myriam del Socorro Acevedo Castrillón 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 Rosa Myriam del Socorro Acevedo Castrillón, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 2981777 del 29 de diciembre de 2017 y DIR 3578 del 19 de febrero de 2018, mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación pensional solicitada.

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, a:

Reliquidar la pensión de vejez de la parte actora en cuantía del 75% de todo lo devengado en el último año de servicios de conformidad con la Ley 33 de 1985.

Condenar a la entidad accionada al pago de la diferencia de lo devengado entre la fecha del otorgamiento de su pensión de vejez y hasta la fecha de cancelación de la obligación teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Condenar al sujeto pasivo al pago de los valores reconocidos junto con la indexación e intereses de conformidad con lo expuesto en los artículos 177, 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 25):

La accionante nació el 19 de octubre de 1951, por lo tanto en la actualidad cuenta con 66 años de edad y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

El ISS, mediante la Resolución No. 003918 del 26 de febrero de 2008 reconoció a la accionante o pensión de vejez a partir del 19 de octubre de 2006, teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 con una tasa de reemplazo del 75% con el promedio de los últimos 10 años cotizados.

Inconforme con lo anterior, el 4 de diciembre de 2017 la demandante en ejercicio del derecho de petición solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

La demandada mediante las Resoluciones Nos. SUB 298177 del 29 de diciembre de 2017 y DIR 3578 del 19 de febrero de 2018, negó la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1, 2, 5, 13, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 33 y 62 de 1985, Ley 100 de 1993.

Señaló que el mandatario del extremo activo que la entidad demandada con la decisión desfavorable contenida en los actos administrativos acusados vulneró los derechos de la actora, teniendo en cuenta que ella es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y laboró al servicio del Estado, por lo cual tiene derecho a percibir una pensión liquidada por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, dentro del radicado interno No. (0112-09) M.P. Víctor Hernando Álvaro Ardila.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 59 a 75).

La apoderada 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.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

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 y (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 del actor 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 las consideraciones que las sustentan 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, 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 la audiencia inicial llevada a cabo el 10 de octubre de 2018 (fl.81), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora guardó silencio y la demandada intervino del minuto 13 y 11 segundos hasta el minuto 19 y 22 segundos de la grabación visible a folio 89 del expediente.

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 del año en curso (Fls. 81 a 86), 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 su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los

factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. SUB 298177 del 29 de diciembre de 2017, mediante la cual COLPENSIONES negó al demandante la reliquidación de la pensión de vejez, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 3 a 6).

2.2. Copia simple de la Resolución No. DIR 3578 del 19 de febrero de 2018, por la cual se resolvió un recurso de apelación en el sentido de confirmar en todas sus partes la anterior decisión, con su respectiva constancia de notificación (Fls.7 a 14).

2.3. Certificación en la que se relacionan los factores salariales devengados por la accionante en el último año de servicios, tiempo de servicios prestados y la calidad en que se hizo (Fls. 16 a 20).

2.4. Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante (Fl.21)

2.5. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la demandante (Fl. 58).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso estudiar el precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante y determinar las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que hayan señalado la forma en la cual se calcula el ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que son beneficiarias del régimen de transición.

Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante.

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces

al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la ratio decidendi determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas¹, las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fe y confianza legítima.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha indicado que el precedente implica que *“un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”*²

Por lo tanto, el precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido una o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

¹ Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

² T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10³, 102⁴, 256⁵, 269⁶ y 270⁷ mecanismos, recursos y formas de aplicación de las sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

Régimen de Transición y el precedente jurisprudencial respecto a la forma de aplicar el Índice Base de Liquidación de las pensiones reguladas por la Ley 33 de 1985.

Sobre el régimen de transición, 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

³ ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁴ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁵ ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

⁶ ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

⁷ Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

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 mas 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).

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

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones para empleados públicos 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 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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

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

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

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

Ahora bien, se advierte que el régimen de transición estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010 por disposición del Acto legislativo No. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, al determinar que después de esa fecha todas las personas a efectos del reconocimiento y pago de las pensiones se regirían por las disposiciones del sistema general de pensiones. No obstante, resaltó que los trabajadores que tuvieran 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios se les permitirían mantener el régimen transicional hasta el año 2014. Al respecto, el párrafo transitorio 4º señaló:

"(...) 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, esto es, respecto a los requisitos de edad, tiempo de servicios, semanas de cotización y tasa de reemplazo. Igualmente, dispuso que en caso de que el beneficiario del régimen transicional 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.

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.

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron pacíficamente la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición y cuyo régimen estaba regulado por la Ley 33 de 1985, tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios por lo que el análisis jurídico se centró en determinar qué factores debían o no ser incluidos dentro del IBL, atendiendo si el emolumento pretendido retribuida habitual y periódicamente la prestación personal del servicio.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-631 de 2017, SU-395 de 2017⁸, SU-023 de 2018, T-328 de 2018 y T-018 de 2018, en los cuales se determinó que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme a lo señalado en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993, es decir, si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con

⁸ Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especiales INPEC y Contraloría General de la República, para concluir que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993.

base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE y si faltare más de diez (10) años, el IBL será el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años o de toda la vida laboral actualizado según resulte más beneficioso al interesado, calculo que efectivamente se debe realizar teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hicieron aportes pensionales.

Finalmente, el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación dictada por importancia jurídica del 28 de agosto de 2018 dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P. César Palomino Cortés, rectificó la posición adoptada en esa Corporación – Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010, para determinar que conforme a los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, las prestaciones pensionales de las personas que siendo beneficiarias del régimen transicional y que se rigen por la Ley 33 de 1985, el IBL debe determinarse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993 sobre los factores salariales que efectivamente se aportó al sistema.

Al respecto, la sentencia en mención señaló:

*"99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”
(Subrayas fuera de texto)

Bajo ese discurrir argumentativo, el Consejo de Estado, en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación referida fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

“1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

Respecto a la aplicación de ese precedente, el Consejo de Estado, en la misma sentencia, estableció que las reglas jurisprudenciales se aplicarán retrospectivamente por las autoridades administrativas y judiciales, es decir, que para los casos que se encuentren en trámite judicial o en actuaciones ante la administración los cobija completamente lo dispuesto por esa Corporación, mientras que, las situaciones ya consolidadas son derechos adquiridos e hicieron tránsito a cosa juzgada.

Sobre el particular, se consagró:

"115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia."

Conforme lo anterior, se tiene que según el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado el régimen de transición: (i) se encuentra establecido respecto a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo; (ii) el Ingreso Base de Liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición y cuya pensión está regulada por las previsiones de la Ley 33 de 1985, debe liquidarse con base en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993 y; (iii) los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la determinación del IBL serán aquellos sobre los cuales se haya efectivamente cotizado, ello en respeto al principio de sostenibilidad financiera, solidaridad, universalidad y eficiencia del Sistema de Pensiones.

CASO CONCRETO.

La señora Rosa Myriam del Socorro Acevedo Castrillón actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 298177 del 29 de diciembre de 2017 y DIR 3578 del 19 de febrero de 2018 mediante los cuales la accionada negó la reliquidación solicitada.

La actora pide la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, en virtud de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994 para los empleados del orden nacional, fecha para la cual la señora Rosa Myriam del Socorro Acevedo Castrillón tenía 42 años de edad, pues nació el 19 de octubre de 1951, tal como se evidencia de la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 21 del plenario, motivo por el cual se concluye que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem.

Por otra parte, el 25 de julio de 2005 entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, fecha para la cual la accionante había cotizado más de 750 semanas conforme se advierte de la Resolución No. DIR 3578 del 19 de febrero de 2018 (fls.8 a 14), por lo que al cumplir con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, el ISS reconoció esa prestación a través de la Resolución No. 3918 del 26 de febrero de 2008 efectiva a partir del 19 de octubre de 2006 (fl.4).

En efecto, se concluye que la actora es beneficiaria del régimen de transición, por lo que al haber prestado sus servicios como empleada pública es aplicable la Ley 33

de 1985 a efectos del reconocimiento pensional, respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el ingreso base de liquidación se determina según lo dispuesto en las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado citadas en el marco jurisprudencial de la presente providencia, esto es, conforme lo consagrado en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, se resalta que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que conforme a las subreglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sede de unificación que tienen el carácter de vinculantes y de obligatorio cumplimiento para el Despacho en virtud de lo consagrado en los artículos 13, 85 y 230 de la Constitución Política, artículos 10, 102, y 270 de la Ley 1437 de 2011 y 7° del Código General del Proceso, el ingreso base de liquidación se determina conforme a lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, lo que hiciera falta si es menos de ese periodo o de toda la vida laboral según corresponda y resulte más beneficioso para el interesado y no con base en lo devengado en el último año de servicios como lo pretende la parte actora.

Siendo además, que conforme se lee de los actos acusados, a la accionante en aplicación del principio de favorabilidad, mediante la Resolución No. 15934 del 19 de junio de 2008 (fl.4), se le reliquidó la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, esto, gracias a que la tasa de reemplazo conforme a esa disposición, para el caso en concreto de la accionante ascendía a 76.23%, mientras si se hubiera aplicado en su integridad la Ley 33 de 1985, norma que como se expuso, en principio regulaba su situación pensional, el porcentaje de la tasa de reemplazo era de 75%.

En esa medida, al no encontrarse fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos acusados y al determinarse que la accionada en aplicación del principio de favorabilidad aplicó la Ley 797 de 2003 para aumentar la tasa de reemplazo de la pensión de la parte actora, se negaran las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se

evidenció que la parte actora en el curso del 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,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

S.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 31 de octubre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>680</u>.  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
