



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

Bogotá D. C., nueve (9) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00100-00
Demandante: **OLGA INÉS PINILLA CASTELLANOS**
Demandado: **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA
NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD**
Asunto: Sentencia de primera instancia

Procede el Despacho a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora PINILLA CASTELLANOS en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD.

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 PINILLA CASTELLANOS actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare, (i) la nulidad parcial de la Resolución 01176 del 3 de junio de 2004 mediante la cual le fue reconocida su pensión de jubilación, y (ii) la nulidad de los Oficios Nos. S-2017 031666 del 10 de abril de 2017 y 031771 del 10 de julio de 2017, en los que la demandada negó el reajuste de la aludida prestación, por concepto de prima de actividad y prima de servicios, con base en lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la demandada reliquidar la aludida pensión de jubilación con inclusión de las partidas de prima de actividad en un 49.5% y la prima de servicios en un 16%, además de la base salarial y demás beneficios consagrados en el Decreto 1214 de 1990, junto con la indexación, intereses, costas y gastos procesales a que haya lugar.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 94) prestó sus servicios a la Institución desde el 14 de noviembre de 1983 y hasta el 9 de diciembre de 2003, ocupando el cargo de bacterióloga, por lo que mediante la Resolución 01176 del 3 de

junio de 2004 le fue reconocida la pensión de jubilación, sin embargo señala que desde cuando estaba vinculada se han venido desconociendo los derechos a los que considera tener derecho conforme a las previsiones del Decreto 1214 de 1990.

Acorde con lo anterior, señala que en su caso no era aplicable el Decreto 2701 de 1988, toda vez que el mismo regula lo atinente al personal civil vinculado al Ministerio de Defensa o Policía Nacional pero del Sector Descentralizado, y por ende al comparar lo que percibe en virtud de la pensión que le fue reconocida, con lo que recibiría conforme al Decreto 1214, se genera una diferencia en detrimento suyo.

En ese orden, narra que el 27 de marzo de 2017 presentó un escrito ante la accionada, solicitando una serie de documentos relacionados con su vinculación con la entidad, así como la reliquidación de su pensión, incluyendo las primas de servicios y de actividad como lo establece el artículo 102 del mencionado Decreto 1214, agregando que los días 10 de abril y 10 de julio de 2017 recibió los oficios objeto de litigio mediante los cuales se negaron sus peticiones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Invocó como normas que fundamentan la presente demanda, los artículos 1, 2, 4, 38 y 57 del Decreto 1214 de 1990; artículos 1, 35, 36, 87 y 88 del Decreto 1301 de 1994; la Ley 352 de 1997; los artículos 2 y 3 del Decreto 3062 de 1997; los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 005 de 1998; los artículos 1, 3, 7, 10, 111 y 114 del Decreto 1792 del 2000; los artículos 1, 2, 3, 21 y 23 del Decreto 092 de 2007 y el Decreto 2727 de 2010.

Señaló, que la entidad demandada al negar la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales establecidos en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, está vulnerando el derecho fundamental a la igualdad, en consideración a que fue voluntad del legislador y del ejecutivo en el marco de sus competencias, establecer un régimen prestacional diferente para el personal de sanidad vinculado a la Institución con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Adujo que la entidad demandada con la decisión tomada contraría el principio de favorabilidad, teniendo en cuenta que se vale de una interpretación amañada de las diferentes disposiciones que rigen para el personal civil de la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa.

De otro lado, afirma que en asunto de la referencia concurren los cargos de:

(i) Violación de norma superior: Al afirmar que la respuesta de la entidad demandada no está soportada en la indicación precisa de normas de función pública.

Además, precisó que es incorrecta la aplicación a la situación de la parte actora del régimen establecido en el Decreto 2701 de 1988, toda vez que el mismo rige para los empleados públicos y trabajadores oficiales de entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa.

Argumentó que la norma salvaguardó los derechos adquiridos del personal vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, por ende se deben respetar las disposiciones contenidas en el título VI del Decreto 1214 de 1990.

(ii) Falsa motivación del acto demandado: Toda vez que la entidad demandada basó la negativa de su respuesta en el Decreto 2701 de 1988, siendo que el mismo no resulta aplicable a la situación de la parte actora, por cuanto ingresó al sector central de la entidad bajo los parámetros del Decreto 1214 de 1990, régimen prestacional que se mantuvo hasta que se efectuó el retiro del servicio.

Finalmente, resaltó que la falsa motivación también se presenta en el hecho de que la entidad afirme que la pensión se reconoció con las partidas computables reportadas en la hoja de servicios, sin que ello sea cierto, puesto que en la misma se encuentra como partida la prima de servicios, factor que fue omitido al momento de liquidar la pensión de jubilación de la actora.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 124 a 139), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y manifestándose frente a los hechos.

En ese orden, señaló que mediante el Decreto 1407 de 1995 se crearon unas equivalencias en los grados para la incorporación de personal civil de la institución a la Planta del Instituto Para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades entre otras disposiciones.

Afirmó que la demandante fue nombrada como Bacterióloga en Bienestar Social de la Policía Nacional, sin embargo mediante la Ley 62 de 1993 se creó un establecimiento

público de Seguridad Social y Bienestar para la Policía Nacional y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras circunstancias, para que determinara la estructura orgánica, objetivos y funciones de tal establecimiento, facultades en virtud de las cuales se expidió el Decreto 352 de 1994.

Acorde con lo anterior refiere que el Decreto mencionado es claro en indicar que los funcionarios de tal Instituto tienen el carácter de empleados públicos, quienes en materia de remuneraciones, primas, bonificaciones y demás estipendios se rigen por las disposiciones que establezca el Gobierno Nacional y casos como el de la accionante, se seguirán beneficiando de lo estatuido en el Decreto 1214 de 1990 pero solamente en el Título VI, precisando que al desaparecer bienestar social, el ciudadano que allí laboraba podía terminar el vínculo laboral o vincularse al nuevo instituto la accionante decidió vincularse libre y voluntariamente al mismo.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 20 de febrero de 2019 (Fl. 347), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que la parte demandante reiteró los argumentos invocados en la demanda e invocó diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que en su criterio ratifican su posición.

Por su parte la entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

- 1. PROBLEMA JURÍDICO.** En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si le asiste el derecho a la demandante a que su pensión de jubilación sea reconocida o no por la entidad demandada en los términos del Decreto 1214 de 1990?
- 2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.** Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia del Acta No. 2276 del 14 de noviembre de 1983, mediante la cual la accionante se posesionó como Bacterióloga – Especialista Primero en la Policía Nacional (fl. 2-4).
2. Copia de la Resolución 01176 del 3 de junio de 2004 mediante la cual le fue reconocida la pensión de jubilación a la accionante (fl. 5)
3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición elevado ante la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional el 27 de marzo de 2013, mediante el cual la accionante solicitó copia de algunos documentos y el reajuste de su pensión de jubilación incluyendo las primas de servicios y de actividad como lo establece el artículo 102 del mencionado Decreto 1214 (Fls. 6-7).
4. Oficios Nos. S-2017 031666 del 10 de abril de 2017 y 031771 del 10 de julio de 2017, en los que la demandada negó el reajuste de la aludida prestación, entre otras disposiciones (fls. 8-10).
5. Copia de la Cedula de ciudadanía de la accionante (fl. 93)
6. Certificaciones de factores salariales percibidos por la accionante (fls. 222 a 244, 284 a 356 y 360 a 366)
7. Certificación de cargos ocupados por la accionante dentro de la institución (fls. 275-276)
8. Expediente administrativo contentivo de los antecedentes de la pensión de jubilación reconocida a la demandante (fls. 367-342)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983 expidió el Decreto 2247 de 11 de septiembre de 1984, "*Por el cual se modifica el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional*", que consagró el reconocimiento de la pensión de jubilación para los destinatarios de la norma.

- **Régimen aplicable al Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional. Títulos III y VI del Decreto 1214 de 1990.**

Posterior a ello, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1214 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*", el cual contempló:

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

ARTÍCULO 2º PERSONAL CIVIL. Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo.

ARTÍCULO 3º CLASIFICACION. El personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales.

ARTÍCULO 4º EMPLEADO PÚBLICO. Denominase empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda.”.

El Título III del aludido Decreto consagraron las asignaciones, primas y subsidios que se reconocen a dichos empleados públicos, es decir se fijó el régimen salarial con el cual quedaban cobijados, en virtud del cual se establece el derecho a gozar de la prima de actividad y de servicios, en los siguientes términos:

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

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

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

“ARTÍCULO 47. PRIMA DE SERVICIO ANUAL. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tendrán derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

PARAGRAFO 1o. A quienes se encuentren en comisión del servicio en el exterior, la prima de que trata este artículo se les pagará en pesos colombianos, liquidada sobre los haberes que devengarán si estuviesen prestando sus servicios en la guarnición de Bogotá.

PARAGRAFO 2o. Cuando el personal a que se refiere este artículo no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los haberes devengados en el último mes.”

Por su parte, el Título VI del citado Decreto, regula el régimen prestacional, es decir, las prestaciones Médico Asistenciales, por Enfermedad, Maternidad, Vacaciones, Anticipos de Cesantías, Auxilio de Cesantía y Pensiones de Jubilación, invalidez y muerte, así como los requisitos, exigencias y parámetros para adquirirlos.

En tal sentido, contempló la pensión de jubilación por tiempo continuo, discontinuo, por aportes, por muerte y las partidas que se deben tener en cuenta al momento de su reconocimiento y de los cuales se destaca:

"ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar."

Del precedente normativo se colige, que los empleados públicos ya sea del Ministerio de Defensa y/o de la Policía Nacional que acreditaran veinte (20) años de servicio continuo, tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, la cual corresponde al 75% del último salario devengado, tomando como base las partidas enlistadas en el artículo 102 del mismo Decreto¹ que al tenor dispone:

"ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.*
- b. Prima de servicio.*
- c. Prima de alimentación.*
- d. Prima de actividad.*
- e. Subsidio familiar.*
- f. Auxilio de transporte.*
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*

PARAGRAFO 1o. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

PARAGRAFO 2o. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales."

Ahora bien, advierte el Despacho que el mencionado Decreto fue derogado por el artículo 114 del Decreto 1792 de 2000 "Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial", el cual invalidó las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Decreto-ley 1214 de 1990 y el Decreto 2909 de 1991, con excepción de las relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional, esto es, las normas que venían reglamentando el tema de la administración del personal,

¹ Teniendo en cuenta que si bien la norma refiere el artículo 103, al parecer, ello obedece a un error de transcripción como quiera solamente el artículo 102 enumera partidas computables para prestaciones sociales.

dejando incólume todo lo relacionado con pensiones, salarios, y prestaciones reguladas en el Decreto 1214 de 1990.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 en su artículo 150 estableció 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.

A su vez, en el numeral 11 del artículo 189 del mandato constitucional se dispuso que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa *"Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de la leyes"*.

Además, 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.

Régimen laboral y prestacional del personal del sistema de salud de las Fuerzas Militares, de Policía y del Ministerio de defensa.

El artículo 248 de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses organizara el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, en lo atinente a: i) organización estructural; ii) niveles de atención médica y grados de complejidad; iii) organización funcional; iv) régimen que incluya normas científicas y administrativas y v) régimen de prestación de servicios de salud.

En virtud de la citada facultad, el Ejecutivo expidió el Decreto **1301 de 1994** *"Por el cual se organiza el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado de la Policía Nacional, así como del de sus entidades descentralizadas"*², normativa que en su artículo 35 creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares de la siguiente manera:

"ARTICULO 35. ORGANIZACION DEL INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES. *Organízase el establecimiento público denominado Hospital Militar Central como*

² Parcialmente modificado por el artículo 1° de la Ley 263 de 1996

Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, el cual conservará el carácter de establecimiento público del orden nacional, la personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

El Instituto de Salud de las Fuerzas Militares tendrá como domicilio la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., y podrá extender su acción a todas las regiones del país.

PARAGRAFO. Todos los recursos materiales y humanos que a la fecha de expedición del presente Decreto conforman el Hospital Militar Central se organizarán como una unidad prestadora de servicios de la Dirección Regional correspondiente, del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares”.

A su turno la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, creó el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía así:

“ARTÍCULO 33. SEGURIDAD SOCIAL. Créase un Establecimiento Público del orden nacional para atender la seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de desarrollar los siguientes programas:

- a. Salud*
- b. Educación*
- c. Recreación*
- d. Vivienda propia y vivienda fiscal*
- e. Readaptación laboral y subsidios para los discapacitados físicos”.*

En cuanto al régimen salarial del personal vinculado a dichos Institutos, los artículos 88 y 89 del referido Decreto 1301 de 1994, dispusieron:

“ARTÍCULO 88. RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el Gobierno Nacional.

*En consecuencia, los empleados públicos y trabajadores oficiales de dichos organismos para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, **no se regirán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.***

Parágrafo. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva.

*ARTICULO 89. REGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. **En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen y adicionen.***

PARAGRAFO. En concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990”. (Negrillas fuera del texto).

Analizando los anteriores presupuestos normativos, se advierte que el legislador, en concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, previó que quienes ingresaran Instituto creado y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la aludida Ley 100, continuarían cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990 (artículo 89 párrafo), sin embargo, en lo atinente a la remuneración salarial, incluyendo primas, bonificaciones y subsidios, quedaron sujetos a las normas que para tal efecto estableciera el Gobierno Nacional.

Además se excluyó la posibilidad de que los empleados del nombrado Instituto se beneficiaran de las normas que en materia prestacional estaban previstas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 88).

En virtud de lo anterior, se colige que tales personas en efecto mantenían los beneficios previstos en el Decreto 1214, desde el punto de vista prestacional como son los requisitos, exigencias y parámetros para adquirir derechos médico-asistenciales, auxilios por incapacidad, enfermedad, maternidad, así como las cesantías, vacaciones y la pensión de vejez, invalidez y muerte, sin embargo, desde el punto de vista salarial quedaban sometidos al nuevo régimen establecido para la entidad respectiva, dentro del cual, vale decir, no se contemplan partidas o factores como la prima de actividad.

Así, en materia prestacional dispuso que los empleados públicos y trabajadores oficiales de dicho Instituto, quedarían sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993, mientras que en lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen y adicionen (artículo 89).

Posteriormente, en desarrollo de las normas generales consagradas en la Ley 4ª de 1992 y en armonía con el artículo 91 del Decreto 1301 de junio 22 de 1994, se expidió el Decreto 171 de 1996 *"por el cual se establecen unas equivalencias de cargos para el personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al Servicio de la Secretaría General, Comando General y de la Fuerzas Militares que se incorpore a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares"*, en el que, con el fin de establecer la planta de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, estimó la equivalencia de empleos para los funcionarios que venían vinculados con anterioridad en el Ministerio de Defensa, en cuyos artículos 1º a 4º, estipuló lo siguiente:

Artículo 1º. Para efectos de la incorporación del personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Secretaría General, Comando General y de las Fuerzas Militares que se incorpore a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, establécense las siguientes equivalencias de cargos:

[...]

Parágrafo: La incorporación de los funcionarios se realizará teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones y responsabilidades que desempeñaban en el Ministerio de Defensa Nacional y que se cumplan los requisitos exigidos para el desempeño del cargo al cual sean incorporados:

Artículo 2º. El personal a que se refiere el artículo anterior, que por efectos de la incorporación en virtud de las equivalencias señaladas anteriormente, resultare devengando una remuneración inferior a la que tenía en el Ministerio de Defensa Nacional por concepto de **sueldo básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando, tendrá derecho, mientras permanezca en dicho empleo, a percibir por concepto de asignación básica mensual en el cargo que sea incorporado un valor equivalente al que había alcanzado en el Ministerio de Defensa Nacional.**

Artículo 3º. Mientras el personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Secretaría General, Comando General y de las Fuerzas Militares se vincule a la Planta e Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, seguirá percibiendo la remuneración asignada en el Ministerio de Defensa Nacional

Artículo 4º. De acuerdo con lo establecido en el parágrafo del Artículo 89 del Decreto 1301 de 1994, y en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, **para efectos de la liquidación de prestaciones sociales del personal incorporado a la Planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, a que hace referencia el artículo 1º del presente Decreto, estarán incluidos dentro de la asignación básica mensual que corresponde al cargo que fue incorporado, el salario básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando en el momento de la asimilación.** (Negrillas fuera del texto).

De lo anterior se colige, que los empleados del Ministerio de Defensa que se incorporaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, que resultaren devengando una remuneración inferior conforme a las equivalencias del artículo 1º del citado Decreto tenían derecho a percibir una remuneración que nivelara las partidas que devengaba en virtud del Decreto 1214 de 1990, de lo que se infiere, que el cambio de régimen salarial, al cual se sometían, no implicaba menoscabo o retroceso en sus garantías o derechos remuneratorios.

Así mismo, para efectos de liquidar las prestaciones sociales del personal incorporado al Instituto se estableció que dentro de la asignación básica se incluye “el salario básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando en el momento de la asimilación”, luego pretender que se incluyan partidas que no eran percibidas al momento del retiro, no solo desconoce la norma en comento sino también el principio de inescindibilidad normativa.

Es menester precisar, que la equivalencia de los cargos a que se hizo referencia conciernen a los de la planta de personal del Instituto de las Fuerzas Militares modificada por el Decreto 2176 de 29 de noviembre de 1996 *“Por el cual se aprueba el Acuerdo número 0014-B del 25 de julio de 1996 de la Junta Directiva del Instituto de Salud de las*

Fuerzas Militares, por el cual se modifica la Planta Global de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares"³, los cuales, son similares a los empleos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por ende, la asignación básica de estos funcionarios fue reajustada conforme los grados previstos en las normas que anualmente expidió el Presidente de la República para tales funcionarios.

Ahora bien, el Decreto 1301 de 1994, fue derogado expresamente por la **Ley 352 de 1997** "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional", en cuyo artículo 9 dispuso la creación de la Dirección de Sanidad en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 9o. DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR. Créase la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional adoptará las disposiciones necesarias para que todos los recursos materiales organizados como unidades prestadoras de servicios del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se trasladen a las fuerzas de origen, salvo el Hospital Militar Central, que se constituirá como establecimiento público de conformidad con las disposiciones que más adelante se dictan para el efecto".

El artículo 53 de dicha Ley suprimió los establecimientos públicos del sistema de salud de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 53. SUPRESIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Ordénase la supresión y liquidación de los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, respectivamente, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley".

Sin embargo, el parágrafo 1º, del artículo en mención señaló:

*"PARÁGRAFO 1o. Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, **garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente**" (Negritas fuera del texto).*

Conforme a dicha preceptiva, se resolvió garantizar la continuidad de la vinculación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Institutos suprimidos, efecto para el cual se dispuso que aquellos serían incorporados a las plantas de personal

³ Diario Oficial No. 42933 de 5 de diciembre de 1996.

de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional. Así, el artículo 54 preceptuó:

*"ARTÍCULO 54. PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto para la seguridad social y Bienestar de la Policía Nacional, **se incorporarán** a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según sea el caso, conforme a la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional (Negrillas fuera del texto).*

En cuanto al régimen prestacional y salarial de aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que fueron incorporados a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, los artículos 55 y 56 dispusieron en su orden:

*"ARTÍCULO 55. RÉGIMEN PRESTACIONAL. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional **que se incorporen a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente, y que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.***

PARÁGRAFO. Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional por virtud de la presente ley quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicará lo dispuesto en el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

*"ARTÍCULO 56. Régimen salarial. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional por virtud de la presente ley, **continuarán sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según sea el caso**" (Negrillas fuera del texto).*

Como se observa, la reciente incorporación de los empleados y trabajadores del Instituto de Salud -vinculados con anterioridad a la Ley 100 de 1993-, a la actual Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en modo alguno varió el régimen del que venían disfrutando, pues para efectos prestacionales continuaban aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990, mientras que salarialmente, seguirían percibiendo la remuneración prevista en dicho Instituto, la cual, se reitera, garantizaba la nivelación de los ingresos de los antiguos servidores del Ministerio de Defensa, con los que habían percibido en vigencia del aludido Decreto 1214.

Ahora bien, el Decreto 133 del 19 de enero de 1998, "Por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional" en el Capítulo II

estableció las reglas aplicables al régimen salarial de los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaron a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional, en razón a la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los empleados públicos que actualmente prestan sus servicios en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional-Inssponal, se incorporarán a la planta de personal de la Policía Nacional, **respetando los derechos adquiridos conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 352 de 1997 así:**

1. El personal que se incorpore a las plantas de personal en las Direcciones de Sanidad y Bienestar de la Policía Nacional, cuya estructura orgánica fue desarrollada mediante Decreto número 2158 del 1º de septiembre de 1997, no requerirán la presentación o cumplimiento de ningún requisito adicional.

2. **En ningún caso la incorporación implica solución de continuidad para ningún efecto legal ni desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales, ni liquidación de prestaciones sociales para los empleados públicos que presten sus servicios en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y que se incorporen a la planta de personal de la Policía Nacional.**

3. La incorporación **no produce la terminación, suspensión o modificación del vínculo laboral existente** de los empleados públicos a incorporar en la planta de personal de la Policía Nacional.

4. En materia prestacional a los empleados públicos del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional que se incorporen a la planta de personal de la Policía Nacional **y que se hubieren vinculado a esta entidad antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990 y las normas que lo modifiquen o adicionen.** Los demás empleados públicos que se incorporen a la Policía Nacional por virtud de la Ley 352 de 1997 quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993, y en lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicará lo dispuesto en el Título VI del Decreto 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

5. A los empleados públicos del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional que se incorporen a la planta de personal de la Policía Nacional se les aplicará el **régimen salarial que rige a los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional." (Negrillas fuera del texto).**

Conforme a la normatividad expuesta, se presentan las siguientes situaciones:

i) Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se vincularon a los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, para efectos salariales, es decir en cuanto a remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios no se regían por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional sino por las normas legales que para esta clase de servidores estableció el Gobierno Nacional.

A dicho régimen salarial se sometieron también quienes estando vinculados a dicho Ministerio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ingresaron a los aludidos Institutos, renunciando tácitamente a algunas de las partidas que percibían en virtud del Decreto 1214 de 1990, lo cual se dio básicamente por cuanto el nuevo régimen salarial, les garantizaba que sus ingresos serían nivelados con lo que percibían con anterioridad.

ii) Quienes venían vinculados al referido Instituto de Salud y se incorporaron a las plantas de Salud creadas en el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, luego de la supresión de dichos Institutos, continúan sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto respectivo que no es otro que el aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva; régimen igualmente aplicable para aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993.

iii) De otra parte, en cuanto al régimen prestacional, si se vincularon a los Institutos de Salud antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990, esto es, todo lo atinente requisitos, exigencias y parámetros para adquirir derechos médico-asistenciales, auxilios por incapacidad, enfermedad, maternidad, así como las cesantías, vacaciones y la pensión de vejez, invalidez y muerte.

Así mismo, a quienes se vincularon con posterioridad a la Ley 100 de 1993, se les aplicará en su totalidad dicha Ley y en lo no regulado por ésta las disposiciones del título VI del Decreto 1214 de 1990.

Respecto a la aplicación del Decreto 1214 de 1990, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia del 9 de marzo de 2017, expediente No. 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14), actora: Rosa Elena Tovar García, demandado: Ministerio de Defensa, indicó:

(...)

Así entonces, de las anteriores consideraciones se colige lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución, (ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional.

(...)"

De conformidad al precedente jurisprudencial, se resalta que al personal no uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se le reconoce pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990, siempre y cuando se encuentren vinculados a la entidad con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 6, con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, en providencia del 23 de marzo de 2018, demandante: Myriam Rosario Alemán Novoa, demandado; Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Dirección de Sanidad Militar, expediente No.150012333000-2017-00410-00, discurrió:

“(…)

De conformidad con el marco normativo expuesto en precedencia, se puede concluir frente al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía, lo siguiente:

- (i) *Los servidores (empleados públicos y trabajadores oficiales) que se vincularon a los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, en materia salarial no se rigen por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional sino por las normas que para esta clase de servidores estableció el Gobierno Nacional, con excepción de quienes estando vinculados a dicho Ministerio se incorporaron a los mencionados Institutos, los cuales quedaron cobijados con el régimen salarial establecido para la entidad respectiva. (Decreto 1301/94)*
- (ii) *Con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y la respectiva incorporación de sus empleados al Ministerio de Defensa, en materia salarial, continúan sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto respectivo, es decir, el aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva, situación que no varió para aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993 (Ley 352/97), y*
- (iii) *En materia prestacional, para el personal que venían vinculado al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía y que se incorporó a las plantas de Salud del Ministerio de Defensa, se distinguen dos situaciones: **al personal incorporado que se vinculó a los Institutos de Salud con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continua aplicando en su integridad el título VI del Decreto 1214 de 1990, y el personal que se vinculó con posterioridad a la Ley 100 de 1993, se rige por esta Ley.***
- (iv) *A los servidores de la Dirección General de Sanidad Militar no le es aplicable el **régimen salarial** contemplado para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, pese que hacen parte del personal no uniformado de las Fuerzas Militares. No obstante, **en materia prestacional se puede inferir que dicho personal para beneficiarse del Decreto 1214 de 1990 (Título VI) debe haberse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93.***

(…)”.

No sobra recordar que mediante el Decreto 092 de 2007, se modificó y determinó el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos de los empleos públicos de las entidades que integran el Sector Defensa e igualmente se determinó

que para los efectos previstos en éste Decreto, se entiende que el Sector Defensa, está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, incluidas las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como por sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

Adicionalmente, ni el Decreto Ley 1792 de 2000 "*Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial*", ni el mencionado Decreto Ley 092 de 2007, modificaron, derogaron o regularon el tema salarial del personal civil y no uniformado de la Planta de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, dado que tales disposiciones únicamente se limitaron a reglamentar las situaciones administrativas y la planta de personal global y flexible del Ministerio de Defensa y a regular el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos del sector defensa, quedando vigentes las disposiciones de la Ley 352 de 1997, en materia salarial y prestacional de dichos funcionarios.

La Sección Segunda Subsección "A" del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2016, expediente No. 25000-23-42-000-2012-00730-01(3512-13), Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, al analizar el régimen salarial y prestacional de los empleados vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares, concluyó:

"A causa de la supresión y liquidación previamente mencionadas, la Ley 352 de 1997 estableció que el personal que prestaba sus servicios en las entidades objeto de liquidación, serían incorporadas en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según el caso, de acuerdo con la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin que se les exija requisitos adicionales.

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 de la ley en comento, se estableció que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las disposiciones que sobre la materia establece el Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo contemplado en la Ley 100 de 1993 y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo dispuesto en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

Y en materia salarial, en el artículo 56 se estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaran a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional en virtud de lo dispuesto en esa ley, continuarían sometidos al mismo régimen que se aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según el caso.

La Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación ha distinguido 3 etapas en lo que respecta a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

"Así las cosas, y de acuerdo con el marco normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que en punto del régimen salarial aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares se hace necesario distinguir tres etapas, a saber:

1. Empleados públicos - personal civil- vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994⁴ le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, artículos 38 y 49 ibidem.
2. Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.
3. Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa -sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto.

De acuerdo con lo expuesto, **concluye la Sala que a partir de la expedición del Decreto 1301 de 1994, por expresa disposición del Gobierno Nacional, el régimen salarial aplicable a los servidores públicos vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares no es otro que el previsto para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional lo que, en otras palabras, debe decirse excluye cualquier posibilidad de aplicar a este tipo de servidores el régimen salarial previsto en el Decreto 1214 de 1990, esto es, el dispuesto para el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional".**
(Negritas fuera del texto)

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora OLGA INÉS PINILLA CASTELLANOS, a través de apoderado judicial, deprecia (i) la nulidad parcial de la Resolución 01176 del 3 de junio de 2004 mediante la cual le fue reconocida su pensión de jubilación y (ii) la nulidad de los Oficios Nos. S-2017 031666 del 10 de abril de 2017 y 031771 del 10 de julio de 2017, en los que la demandada negó el reajuste de la aludida prestación con la inclusión de las partidas computables prima de servicios y prima de actividad, establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

La parte actora, señaló que con ocasión a la variación de naturaleza jurídica que han tenido los empleados de la Dirección de Sanidad, la entidad demandada aplica de manera errónea la normatividad referente a las prestaciones, lo que conlleva al desconocimiento de las garantías constitucionales que enmarca la Constitución Política.

Por lo tanto, consideró que el Ministerio liquidó y pagó una pensión de jubilación sin tener en cuenta todas las partidas computables contempladas en el artículo 102 de la Ley 1214 de 1990, como son la doceava parte de la prima de navidad, la prima de actividad y la prima de servicios en sus respectivos porcentajes, las cuales en su criterio, deben incluirse en la base de liquidación pensional, teniendo en cuenta que la vinculación de la actora se hizo con anterioridad a la Ley 100 de 1993, caso en el cual se deben respetar los derechos adquiridos de conformidad a la protección que la norma dispuso.

⁴ Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

Por su parte, la entidad demandada indicó que la accionante al vincularse a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional con anterioridad a la Ley 100 de 1993, la cobija el Decreto 1214 de 1990 pero solamente en su Título IV, pues libre y voluntariamente decidió vincularse al Instituto Para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, donde percibía su salario nivelado con lo que recibía con las primas previstas en el aludido Decreto 1214, es decir, aunque en su desprendible de pago no aparecieran las referidas partidas, el monto en dinero era el mismo.

Así las cosas, para efectos de establecer si le asiste razón a la demandante, es necesario realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la señora PINILLA CASTELLANOS

- (i) Se vinculó a la Policía Nacional el 14 de noviembre de 1983 (Fl. 2);
- (ii) Según se extrae de lo indicado a folio 9, laboró para el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional quedando posteriormente incorporada a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional hasta el 9 de diciembre de 2003 (Fl. 5);
- (iii) Mediante la Resolución 01176 del 3 de junio de 2004, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a partir del 9 de diciembre de 2003 (Fls. 5-6);
- (iv) Mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición radicado el 27 de marzo de 2017, solicitó el reajuste de la pensión con la inclusión de las partidas contempladas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 (Fl.6) y que,
- (v) Mediante los Oficios Nos. S-2017 031666 del 10 de abril de 2017 y 031771 del 10 de julio de 2017, la demandada negó el reajuste de la aludida prestación (Fl. 8-10).

Se precisa entonces, que la señora Pinilla se vinculó con el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por haber estado vinculada a la Policía Nacional desde el 14 de noviembre de 1983, esto es con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que la hace beneficiaria de las disposiciones prestacionales establecidas en el Título VI del Decreto 1214 de 1990, como son los requisitos, exigencias y parámetros para adquirir derechos médico-asistenciales, auxilios por incapacidad, enfermedad, maternidad, así como las cesantías, vacaciones y la pensión de vejez, invalidez y muerte.

No obstante lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto 1301 de 1994, el personal del nombrado Instituto - empleados públicos y trabajadores oficiales- se regiría salarialmente, es decir, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios por las normas legales que para ellos estableciera el Gobierno Nacional, incluidos los servidores que al entrar en vigencia dicho Decreto prestaban sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional e ingresaron a dicho Instituto, sometiéndose al régimen salarial establecido para tal entidad.

Lo anterior teniendo en cuenta que, como se indicó en el marco jurídico, las equivalencias de cargos consagradas en el artículo 4 del Decreto 171 de 1996, para el personal que estando vinculado a la planta del Ministerio se incorporó a la Planta de Personal del Instituto de Salud, disponía que dentro de la nueva asignación básica mensual se incluyeran el salario básico, la prima de actividad, la prima de alimentación y el subsidio familiar que le pagaba la Policía Nacional como factor salarial para efectos de la liquidación de sus prestaciones, luego el nuevo régimen salarial contemplado para el Instituto en cita, garantizaba la nivelación de sus ingresos a efectos de que no se vieran disminuidos ante el cambio de régimen salarial, lo cual se verifica en los certificados que obran a folios 222 a 356.

Vale señalar que dichos certificados permiten evidenciar que la suma dineraria que habitualmente percibía la accionante bajo el régimen salarial contemplado en el Decreto 1214 de 1990, con inclusión de partidas como la prima de actividad y subsidio familiar, se compensaba con lo que empezó a percibir a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1301 de 1994⁵, pues aun cuando no se incluían las mencionadas partidas, el salario básico se incrementó, análisis realizado comparando los devengos bajo uno y otro régimen, frente al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para cada año.

Lo anterior sin perder de vista que, además del incremento antes mencionado, bajo el nuevo régimen al que se sometió la accionante, tuvo la oportunidad de recibir otros factores como seguro de vida, horas extras, prima de servicios, prima de actualización, bonificación por servicios prestados, entre otras prestaciones que no percibía bajo el régimen salarial del aludido Decreto 1214.

⁵ Mediante el cual se organizó el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de Policía y del Ministerio de Defensa Nacional, con la creación de los Institutos respectivos.

En ese orden y como quiera según lo prescrito en el artículo 56 de la Ley 352 de 1997 el personal de dicho Instituto que, en virtud de la misma Ley, fuera incorporado a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, continuaría sometido el mismo régimen salarial que se les aplicaba en el suprimido Instituto, luego no puede pretender el extremo actor, que reaparezcan o retornen partidas que fueron dejadas de percibir ante el sometimiento al nuevo régimen, para que sean incluidas dentro de la liquidación de la pensión que en la actualidad disfruta, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad normativa.

En virtud de lo antepuesto y de conformidad al marco jurídico, se debe tener en cuenta que si bien las partidas computables a tener en cuenta son las establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, por ser beneficiaria del régimen prestacional allí contenido, no le asiste el derecho a la accionante, a que su pensión de jubilación sea reajustada incluyendo las partidas que no devengaba en actividad a la fecha de su retiro⁶, pues su régimen salarial aplicable es el contemplado en el Decreto 1301 de 1994, con las equivalencias previstas en el Decreto 171 de 1996, por remisión del artículo 56 de la Ley 352 de 1997, lo cual no fue cuestionado por la demandante.

Entonces, de conformidad con la información relacionada en la Resolución No. 01176 del 3 de junio de 2004 (Fl. 5), la señora OLGA INÉS PINILLA CASTELLANOS laboró en la Institución a partir del 14 de noviembre de 1983 hasta el 9 de diciembre de 2003, de lo que se infiere que las partidas a tener en cuenta son las devengadas en el periodo comprendido entre el 10 de noviembre y el 9 de diciembre de 2003.

Al respecto, se tiene que de conformidad con las certificaciones expedidas por el Tesorero General de la Policía Nacional (fls. 243 a 244), la actora percibió en el referido periodo las siguientes partidas:

PARTIDAS DEVENGADAS	nov-03	dic-03
Salario básico	\$396.708,00	\$1.190.124,00
seguro de vida	\$5.975,00	\$5.975,00
Bonificación por recreación	\$7.934,16	
Prima vacacional	\$637.935,39	
Vacaciones carrera administrativa	\$850.580,52	
Bonificación por servicios prestados	\$138.847,80	

⁶ Como se observa en los certificados de nómina de los años 2002 y 2003 visibles a folios 222 a 244.

Prima de navidad	\$1.329.032,06
------------------	----------------

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 01176 del 3 de junio de 2004 (Fls. 5-6), la entidad demandada al liquidar la pensión de jubilación de la actora reconoció: sueldo básico, bonificación por servicios prestados y las primas de vacaciones y de navidad, además de la prima de servicios -que no se advierte devengada en tal periodo-, quedando pendientes de reconocer los denominados: **seguro de vida, bonificación por recreación y vacaciones carrera administrativa.**

No obstante lo anterior, es menester indicar que ninguno de tales factores se encuentran relacionados en el listado contenido en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, y consecuente con ello, no es posible tenerlos en cuenta en la liquidación pensional.

Adicionalmente, conforme a lo indicado en la demanda (fl. 94 vto.) la accionante solicitó tener en cuenta la prima de actividad como partida computable en la liquidación de la pensión de jubilación, no obstante, se encuentra demostrado con las certificaciones allegadas, que tal emolumento no fue devengado por la actora con el último salario devengado, por lo tanto, resulta imposible acceder a su inclusión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra demostrado que el Ministerio de Defensa Nacional reconoció una pensión de jubilación a la señora PINILLA CASTELLANOS equivalente al 75% del último salario devengado, con inclusión de las partidas que efectivamente percibió y que se encuentran enlistadas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, esto es el sueldo básico, la bonificación por servicios prestados y las primas de vacaciones y de navidad, además de la prima de servicios, aun cuando de esta última no obra prueba de haber sido devengada en el periodo pertinente, por lo tanto, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda resultaría condenar a la administración a un doble pago.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

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 demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

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

RESUELVE

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

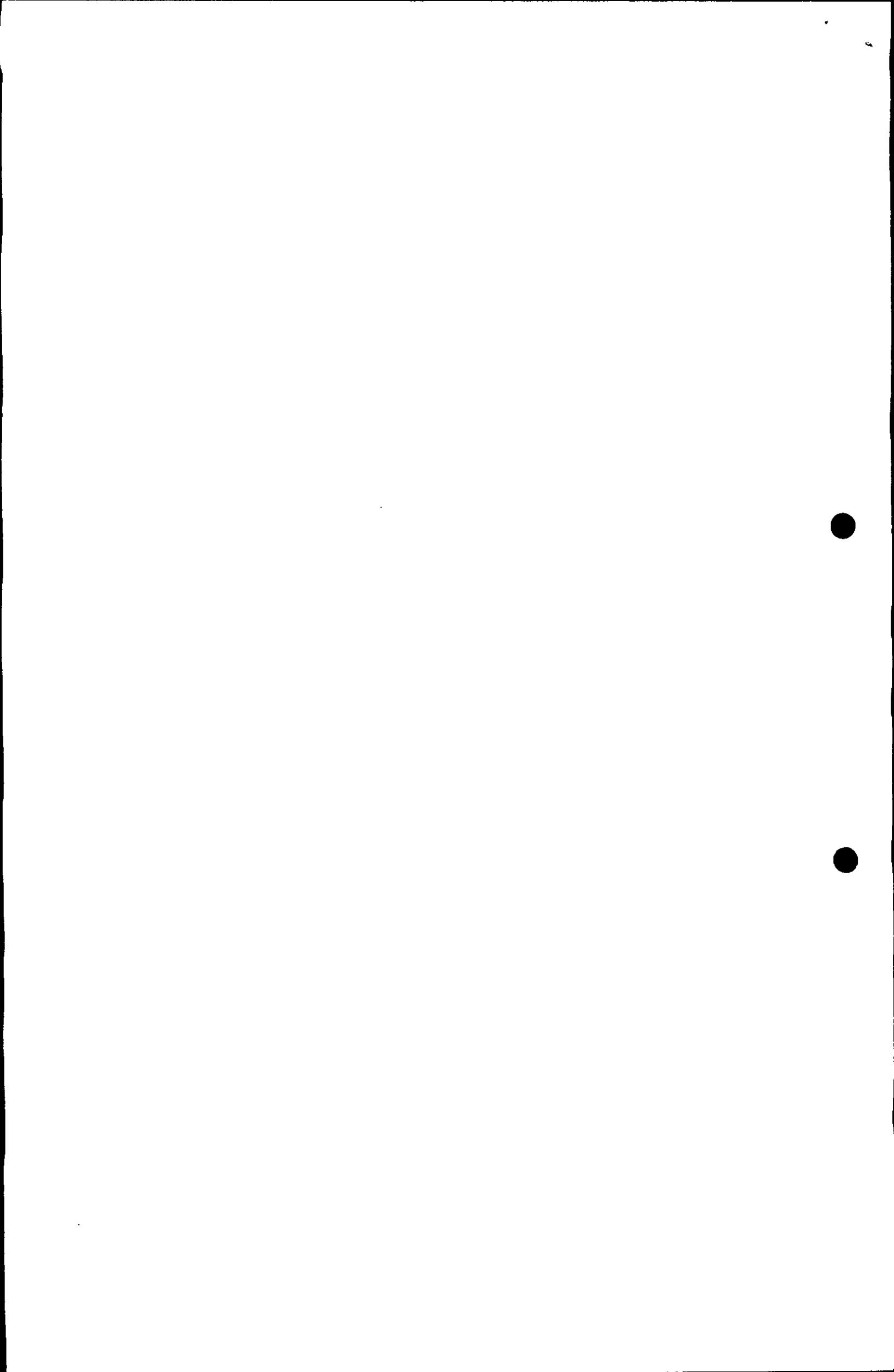
SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

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 ÁVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>10 de abril de 2019</u> se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>023</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--





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

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00108-00
Demandante: JANNETH BAQUERO GARAY
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reconocimiento bonificación judicial como factor salarial.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Janneth Baquero Garay a través de apoderada judicial en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

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 Janneth Baquero Garay, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se:

- Inaplique parcialmente el Decreto 382 de 2013 en el artículo 1° específicamente en lo atinente a la parte que expresa que la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por resultar contrario a la Constitución, al parágrafo 14 de la Ley 4ª de 1992 y al Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declarar la nulidad del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.
- Declarar la nulidad de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, a través del cual se resolvió un recurso de reposición, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

- Declarar la nulidad del acto ficto que surgió por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a:

Reconocer el carácter salarial y prestacional de la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, modificado por el Decreto 022 del 9 de enero de 2015.

Reconocer y pagar la indexación de conformidad a la fórmula establecida por la jurisdicción contenciosa administrativa sobre las diferencias que resulten de las prestaciones sociales liquidadas y pagadas con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Reconocer y pagar los intereses moratorios de conformidad a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.22-23):

El Gobierno Nacional a través del Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial a favor de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que se pagaría mensualmente y sólo sería factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde el 1° de enero de 2013 hasta el 2018, de ahí en adelante el aumento de esa bonificación se llevara a cabo conforme a IPC.

Desde la creación de la bonificación judicial, la demandante la viene percibiendo ininterrumpidamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la entidad demandada el 26 de agosto de 2016, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales, esto es, que se tenga en cuenta en la liquidación de las prestaciones sociales, a saber: prima de navidad, prima semestral, prima de

productividad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios, cesantía e intereses de cesantías y demás emolumentos causados.

La Fiscalía General de la Nación mediante el Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, negó el anterior reconocimiento.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, siendo resuelto el primero a través de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

Por su parte, la entidad demandada guardó silencio respecto del recurso de apelación.

La parte actora agotó la conciliación extrajudicial en la Procuraduría 87 Judicial I Para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política; Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Afirmó la mandataria de la parte actora que de conformidad con las normas citadas y los principios de progresividad y no regresividad laboral la bonificación judicial por percibirse habitual y periódicamente, creada con la finalidad de nivelar los salarios de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, tiene el carácter de salario motivo por el cual debe tenerse en cuenta para liquidar las demás primas y prestaciones sociales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (Fls.41-58).

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, 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:

Manifestó que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a prosperar por dos razones, a saber: (i) la creación de la bonificación judicial con carácter salarial exclusivamente para salud y pensión es un acuerdo al cual llegaron libremente los

representantes de los empleados de la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional, acuerdo que se encuentra protegido por los convenios de la OIT que invitan a que los servidores públicos en uso de los derechos de asociación puedan participar en la fijación de las condiciones de empleo y; (ii) existe libertad de configuración del legislador de crear una bonificación que si bien retribuye el servicio de una persona no significa que de contera tenga el carácter intangible de salario para todos sus efectos ya que eso sería otorgar un carácter de inamovilidad al salario.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) "*PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES*", por el término de 3 años en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, sin que ello signifique aceptar que le asiste derecho a la parte actora; (ii) "*CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*", en consideración a que la entidad que representa cumplió con lo dispuesto en el Decreto 382 de 2013; (iii) "*COBRO DE LO NO DEBIDO*", teniendo en cuenta que a la actora se le han cancelado los salarios y prestaciones que le corresponden en virtud de la relación legal y reglamentaria existente con la demandada; (iii) "*BUENA FE*", en razón de que su representada actuó con buena fe conforme a las normas legales vigentes y (iv) "*GENÉRICA*", en caso de que se encuentren excepciones que deban ser declaradas de oficio

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 23 de enero de 2019 (Fl.105), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

El apoderado de la parte actora a través de memorial del 5 de febrero de 2019 (Fls.107-109), se ratificó en los hechos y pretensiones del libelo de la demanda, en el sentido de indicar que la actora tiene derecho a que se le reajusten las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales.

Por su parte, la entidad demandada mediante memorial radicado el 5 de febrero de 2019 (Fls.110-118), planteó los mismos argumentos consagrados en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en que su representada actuó en cumplimiento de un deber legal, teniendo en cuenta que aplicó en debida forma el Decreto 382 de 2013 y demás normas concordantes, siendo entonces que los actos acusados gozan de presunción de legalidad.

La representante del Ministerio Público guardó silencio.

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

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA.

Esta instancia judicial se abstuvo de manifestar impedimento en el asunto de la referencia de conformidad a lo señalado en el auto admisorio proferido el 13 de abril de 2018 (Fls.31-33), pues se reitera que este Despacho es competente para conocer la controversia sobre la cual gira el presente proceso, de conformidad a lo expuesto por la sala plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la Magistrada María Cristina Quintero Facundo, en providencia del 13 de febrero de 2017, expediente No. 1100133420522016000667-01, demandante: Maribel Rodríguez Niño, demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación, quien al resolver un impedimento de esta instancia judicial por pretensiones similares a las que se adelantan en las presentes diligencias, discurrió:

*(...)
Así las cosas, reitera la Sala Plena el precedente jurisprudencial horizontal que al respecto se ha adoptado por la Corporación, y que acogió tesis del H. Consejo de Estado, de la que dan cuenta entre otras providencias es auto del 10 de marzo de 2016¹, en el que abordando el estudio del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación, en contraste con el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, finiquito que son sustancialmente diferentes y por razón de ello, **no existe interés directo por parte de los funcionarios de la Rama Judicial, en las resultas de los procesos en los que se debate sobre el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.**
(...)"*

Así las cosas, de conformidad al precedente jurisprudencial el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación difieren sustancialmente, por ende, se estableció que los funcionarios de la Rama Judicial a la cual pertenece este recinto no les asiste interés directo en las resultas de los procesos presentados en contra de la Fiscalía General de la Nación, siendo dable adelantar el

¹ Expediente No. 05001-23-33-000-2015-00064-01 (1235-15). Demandante: Olga Luz Arrubla de Montoya; Demandado: Fiscalía General de la Nación. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. CONSEJO DE ESTADO –SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Magistrada Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, decisión del dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014) Radicación N°: 050013333009201300193 01 (4730-2014). Proceso Radicado No 25000234200020160614901, actor Elva Luz Castiblanco contra Nación –Fiscalía General de la Nación, Consejero Ponente: DR. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ."

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia en aras de garantizar los principios de celeridad y economía procesal de las partes.

Por las razones expuestas, se proferirá decisión de mérito en el presente asunto, pues considera la titular de este Juzgado que no se encuentra inmersa en alguna causal de recusación establecida en el artículo 141 del Código General del Proceso, que le implique manifestar impedimento para fallar el proceso de la referencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 ibídem.

2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Las denominadas excepciones de “*CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*” y “*BUENA FE*”, se basan en consideraciones que para el despacho 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.

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

3. PROBLEMA JURÍDICO.

En audiencia inicial llevada a cabo el 25 de septiembre de 2018 (Fls. 82-84), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que se reajusten o no sus prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales?

4. ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

4.1. Escrito radicado por la actora ante la entidad demandada en ejercicio del derecho de petición el 26 de agosto de 2016, a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales (Fls.2-5).

4.2. Original del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, mediante el cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fls.6).

4.3. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2016, en contra del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016 (Fls.7 a 11).

4.4. Copia simple de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, por la cual la Fiscalía General de la Nación resolvió de manera desfavorable a los intereses de la actora el recurso de reposición (Fls.12-17).

4.5. Copia simple de la certificación expedida por la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación el 13 de octubre de 2017, en la cual se indica que la actora tuvo como último ingreso el 1º de febrero de 2007 y el valor percibido por concepto de bonificación judicial a la fecha de expedición de la documental (Fl.18).

4.6. Original de acta y constancia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 87 Judicial I Para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes (Fls.19-21).

4.7. Original de constancia expedida por la Jefe de Departamento de Administración de Personal de la Fiscalía General de la Nación el 2 de octubre de 2018, en la cual se precisó que la señora Baquero se incorporó a la entidad desde el 1º de febrero de 2007 (Fl.99).

4.8. Original de certificación expedida por el Jefe del Departamento de Administración de Personal de la Fiscalía General de la Nación, en la cual se indica que la actora se vinculó a la entidad desde el 1º de febrero de 2007 y por lo tanto le son aplicables entre otras las disposiciones en materia prestacional y salarial contenidas en el Decreto 875 de 2012 (Fl.100).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia a la naturaleza y características de la bonificación judicial que se reconocen a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y analizar la concepción de salario con base en pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Bonificación judicial

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.

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 empleados públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación.

El Decreto 2699 de 1991 *"Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación"*, estableció el régimen salarial y prestacional de los empleados de esa entidad, dentro del cual señaló que las personas que se encontraban bajo el régimen de la rama judicial podían optar por permanecer en ese régimen o de acogerse al consagrado en esa disposición.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 53 del 7 de enero de 1993, mediante el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación para el personal que se vinculara a partir de su vigencia o para las personas que libremente decidieran acogerse a ese régimen.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013, mediante el cual se creó una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se rigen salarial y prestacionalmente por lo establecido en el Decreto 53 de 1993.

En ese sentido el Decreto 382 del 2013, en su artículo 1º señaló *"Artículo 1. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen*

salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por 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.”

El referido Decreto dispuso que el reconocimiento de la bonificación judicial se hace mensualmente a partir del 1º de enero de 2013, con base en la escala de valores consagrada en su artículo 1º para cada cargo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, respecto a la forma de reajuste de la bonificación judicial consagró:

“PARAGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).”

Conforme la norma transcrita, de un lado, quedó establecido que el reajuste de la bonificación judicial para el periodo comprendido entre el año 2013 a 2018 se hizo con base en un IPC proyectado del 2%, dejando la posibilidad que si el aumento inflacionario llegara a superar ese indicador el Gobierno tenía que reajustar el valor; y de otro, que para el 2019, el reajuste de esa bonificación se llevará a cabo con base en el IPC certificado en el año anterior, al igual que la forma de aumento que se efectúa a las asignaciones básicas.

El artículo 2º del Decreto 382 de 2013, señaló que los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993, perciben un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la

bonificación judicial creada, respecto de quienes ejercen el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el Decreto 53 de 1993, por lo tanto percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

Finalmente, se precisa que la bonificación judicial creada en el Decreto 382 de 2013, se consagro únicamente como factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Salud y de Pensiones.

Concepto de salario.

El Código Sustantivo del Trabajo desde los artículos 127 a 132 regula todo lo relacionado con aquellos pagos que realiza el empleador que debe entenderse como salario y aquellos que no. Así, por salario se tiene que es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue.

Los viáticos serán salario cuando son habituales y su destino es para cancelar gastos de manutención y alojamiento, no tendrá esa naturaleza jurídica cuando son ocasionales y se pagan con el fin de cubrir gastos de transporte. El auxilio de transporte se agrega al salario para el pago de prestaciones sociales pero se excluye para la base de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social.

El Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre la protección al trabajo” teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según la cual toda persona que trabaja merece una remuneración equitativa y satisfactoria define salario en el artículo 1º como:

*“(...) la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.
(...)”.*

El artículo 128 del CST consagra los pagos que no constituyen salarios de la siguiente manera:

“(...) No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía

solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios 'habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (...)."

Conforme la norma transcrita, no constituyen salario: (i) los pagos que efectúa ocasionalmente o por mera liberalidad el empleador; (ii) aquellos que se efectúan con el fin que el trabajador pueda cumplir a cabalidad sus funciones por lo cual el dinero o especie recibida no aumenta o enriquece su patrimonio y; (iii) los pagos que se realizan de forma habitual pero que mediante acuerdos de desalarización empleado y trabajador acordaron que no tendría la connotación de salario para la liquidación de las prestaciones sociales.

Ahora con base en lo expuesto, si bien los intervinientes de una relación laboral tienen la posibilidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho de asociación de acordar el reconocimiento y pago de emolumentos que no se tendrán en cuenta como factor salarial para la cancelación de prestaciones sociales, esos acuerdos no pueden estar en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tales como primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad del salario y la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 mediante la cual declaró exequible el artículo 138 del CST, señaló sobre los acuerdos de desalarización lo siguiente:

*"(...)
La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, **en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.**" (Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, no hay que olvidar que en el sector público esos acuerdos a los que pueden llegar los servidores públicos con las entidades del orden nacional deben ser plasmados a través de un Decreto expedido por el Gobierno bajo los parámetros que

ha fijado el legislador para establecer el régimen salarial y prestacional de ellos, en todo caso el ejecutivo y el congreso al momento de plasmar esos emolumentos que no tienen el carácter de salario deberán tener en cuenta los principios mínimos fundamentales del trabajador consagrados en el artículo 53 de la Constitución. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia citada señaló:

(...)

*Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter. Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, **lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter (...)**".*

Posteriormente, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-1029 de 2012 ratificó el criterio expuesto en la providencia citada, al consagrar:

(...)

*La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. **El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder.** (...) En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:*

2) Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.

3) El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

4) La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.

5) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral (...)"
(Negritas fuera de texto).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral también se ha manifestado sobre los límites que existen sobre los acuerdos de desalarización de un emolumento. Así en la sentencia del 28 de julio de 2009, M.P. Eduardo López Villegas, dentro del radicado No. 35579, señaló que si bien el acuerdo de no salario es válido entre las partes que intervienen en una relación laboral, este no puede efectuarse sobre aquellas *“compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos”*.

En sentencia del 25 de enero de 2011, radicación No. 37037 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia arguyó:

*“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; **tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario.** Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:*

“De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

*“Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). **En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz.** (Subrayas en la sentencia)”*

Posteriormente, en sentencia del 1º de febrero de 2011, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, radicación No 35771, al decidir que los gastos de representación que le habían sido pagados a un jugador de fútbol del Once Caldas F.C. correspondían realmente a salario por retribuir el servicio, expuso:

*“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, **las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.***

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.” (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la definición de salario del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ha señalado que todo emolumento que se percibe como retribución directa del servicio de forma habitual y periódica es salario sin importar la denominación que se le dé.

Así, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 3 de agosto de 2016, radicado No. 25000-23-37-000-2012-00091-01, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que:

“(…)

Desde la perspectiva del artículo 127 del CST, el salario mensual corresponde a todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso obligatorio o porcentajes sobre ventas y comisiones), incluyendo los salarios pagados en moneda extranjera.

“(…)”.

Igualmente, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19 de enero de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del radicado No. 54001-23-33-000-2012-00180-01, expuso:

“La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral, comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1º) prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

*Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe como concepto de factor salarial «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones **En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.**”* (Negrillas fuera de texto).

Conforme a todo lo expuesto, el Juzgado concluye que:

- I. El concepto de salario de conformidad con lo consagrado en el artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT es toda remuneración o ganancia fija o variable que se percibe en dinero o especie de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio.
- II. De conformidad con el artículo 128 del CST empleador y trabajador en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho de asociación pueden pactar el pago de emolumentos que no tengan el carácter de salario.
- III. Los servidores públicos pueden participar con las entidades en la formulación de políticas de salario y de condiciones de empleo, en caso que se pacte una mejora salarial la misma debe plasmarse en un acto administrativo general que deberá sujetarse a las reglas previstas por el legislador, en este caso de la Ley 4ª de 1992.
- IV. En ambos eventos, los pactos de desalarización a los cuales lleguen las partes deben respetar los principios mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como irrenunciabilidad al salario, prevalencia de la realidad sobre las formalidades y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. De esa manera, si se demuestra que un pacto no salarial se percibe de forma periódica, ininterrumpida, que retribuye el servicio y enriquece el patrimonio del trabajador la misma será ineficaz y se tendrá como salario para todos los efectos.

4. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Janneth Baquero Garay, actuando a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad: (i) del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales; (ii) de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, por la cual se resolvió un recurso de reposición y (iii) del acto ficto que surgió por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2016, en contra del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para el pago de las prestaciones sociales por considerar que la misma constituye factor salarial.

Al respecto, en los escritos de contestación de la demanda y de alegatos de conclusión, la entidad demandada resaltó que la creación de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para cotizar al sistema general de pensiones y salud, obedeció a un acuerdo de voluntades al que llegaron las partes (miembros de la Fiscalía General de la Nación y el Estado) de otorgarle tal naturaleza; tal acuerdo se elevó a Decreto teniendo en cuenta la competencia que sobre el particular se ha establecido en la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Así las cosas, con el fin de establecer si la parte actora tiene o no derecho a que se le reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial para efectos de liquidar las prestaciones sociales, se debe precisar la normatividad que rige la situación salarial y prestacional de la señora Baquero.

En ese sentido, se encuentra demostrado con las documentales obrantes en el expediente que: (i) la señora Baquero se posesionó en la Fiscalía General de la Nación el 1º de febrero de 2007 (Fl.100); (ii) mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 26 de agosto de 2016, la actora solicitó el reajuste de las prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales (Fls.2-5); (iii) a través del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, la entidad demandada negó la anterior solicitud (Fl.6); (iv) en contra de la anterior decisión la actora interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación el 22 de septiembre de 2016 (Fls.7-11); (v) el recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, en el sentido de confirmar la decisión principal (Fl.12-17) y (vi) que a la fecha la entidad no ha resuelto el recurso de apelación.

Entonces, teniendo en cuenta que la actora presta sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de febrero de 2007, se colige que es beneficiaria del régimen salarial y prestacional contenido en el Decreto 53 de 1993, como en efecto lo certificó la entidad en la documental obrante a folio 100 del plenario.

Ahora bien, se colige de lo indicado en el oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016 (Fl.6), que la entidad ha reconocido a la señora Janneth Baquero Garay de manera mensual la bonificación judicial desde enero de 2013, sin que la

misma se haya tenido en cuenta como factor salarial para el pago de prestaciones sociales.

Al respecto, advierte el Despacho que como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el concepto de salario según los términos del artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT, es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue, frente al caso del asunto, el artículo 127 referido, establece como ejemplo de salario taxativamente las "bonificaciones habituales".

De otro lado, con base en el artículo 128 del CST y el ejercicio del derecho de asociación y respeto a la autonomía de la voluntad, los trabajadores junto a su empleador pueden acordar el pago de sumas sin carácter salarial y que no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

A su vez, en tratándose de los servidores públicos se ha establecido que ellos pueden en ejercicio del derecho de asociación participar en la formulación de sus condiciones de empleo y eventualmente en cuestiones salariales, no obstante, dada a la especial relación de sujeción que existe y la regulación del régimen salarial y prestacional de carácter compartido entre el legislador y el ejecutivo por disposición constitucional, todo logro que se alcance deberá verse reflejado en un acto administrativo que respete las directrices de la Ley marco expedida por el Congreso.

Así, respecto a la bonificación judicial de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013 en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, en cumplimiento de uno de los acuerdos a los que arribaron el grupo sindical y el Estado, quienes en ejercicio del derecho de asociación y autonomía de voluntad pactaron que ese emolumento se reconociera y pagara sin carácter salarial, dicho en otras palabras se decidió conjuntamente desalarizar la bonificación judicial.

En líneas anteriores, se resaltó que la desalarización es permitida con base en el artículo 128 del CST siempre y cuando ese acuerdo sea respetuoso de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad

y calidad de trabajo so pena que el acuerdo sea ineficaz y el emolumento se tenga en cuenta como salario para todos los efectos.

En el asunto, respecto a la situación concreta y particular de la demandante, el Juzgado encuentra que las partes al momento de realizar la negociación y el Ejecutivo al expedir el Decreto 382 de 2013 creando la bonificación judicial sin efectos salariales para la liquidación de las prestaciones sociales, actuó en contravía de los referidos principios fundamentales consagrados en la Constitución Política por las siguientes razones:

- La bonificación judicial que percibe la demandante desde el 1º de enero de 2013, ha sido un emolumento que se ha pagado de manera periódica e ininterrumpida.
- La bonificación judicial se ha venido cancelado como retribución directa del servicio que presta la actora, toda vez que se percibe mes vencido y en ocasión al periodo trabajado, aunado al hecho que la misma tiene como fin aumentar y enriquecer el patrimonio del sujeto activo.
- La bonificación judicial no tiene como fin el pago de gastos o de funcionamiento del servicio.
- La bonificación judicial la reconoce y paga la entidad accionada en cumplimiento de la nivelación salarial establecida en la ley 4ª de 1992, es decir, que ello no nace de un acto ocasional o de mera liberalidad de la administración para con la actora, pues con base en esa nivelación salarial y la presión que sobre el particular ejerció el grupo representativo de trabajadores en la mesa de negociación, se dio origen al reconocimiento y pago de ese emolumento.

En ese orden de ideas, en aplicación de los precedentes judiciales expuestos en el marco jurídico y jurisprudencial, la entidad demandada no se encontraba facultada para encubrir un pago que constituía salario en aplicación de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, por lo que el Despacho en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política inaplicará con efectos *inter partes* la expresión "únicamente" contenida en el artículo 1º del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013 y en su lugar, ordenará tener en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para todos los

efectos a partir del 26 de agosto de 2013 y en adelante, por cuanto se configuró la prescripción trienal consagrada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Lo anterior, en consideración a que desde la causación del derecho a percibir la bonificación judicial (1° de enero de 2013 -Fl. 100) hasta la presentación del escrito en ejercicio del derecho de petición (26 de agosto de 2016 -Fls.2-5), se superó el término de 3 años.

En consecuencia de lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad (i) del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales; (ii) de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, por la cual se resolvió un recurso de reposición y (iii) del acto ficto o presunto que surgió por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2016.

En lo que refiere al silencio administrativo, el artículo 86 del CPACA dispuso que el acto ficto o presunto de respecto de los recursos se configura pasados 2 meses desde su interposición y que la entidad no se exime del deber de resolverlo, salvo 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 encuentra demostrado que a folio 7 del plenario obra constancia de radicación del recurso de apelación interpuesto en subsidio del de reposición ante la Fiscalía General de la Nación el 22 de septiembre de 2016 y a folios 12 a 17 del expediente obra la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, mediante la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición.

No obstante, no se evidencia con las documentales obrantes en el expediente acto administrativo que haya resuelto el recurso de apelación interpuesto en contra del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, razón por la cual, se configuró el silencio de la administración.

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:

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

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.

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: Inaplicar por Inconstitucional con efectos *inter partes* la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la existencia del acto ficto o presunto consolidado por el silencio de la Fiscalía General de la Nación respecto del recurso de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2016.

TERCERO: Declarar la nulidad del Oficio No. 20165640024741 del 5 de septiembre de 2016, de la Resolución No. 1844 del 9 de noviembre de 2016, expedidas por la Nación -Fiscalía General de la Nación y del acto ficto o presunto que surgió por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 22 de septiembre de 2016.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción de la prestación reconocida, con anterioridad al 26 de agosto de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar a favor de la señora Janneth Baquero Garay, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.546.794, la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 26 de agosto de 2013, por prescripción trienal.

SEXTO: 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:

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

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.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Dése 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.

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

DÉCIMO: 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.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 10 de abril de 2019 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>672</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>



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

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Proceso: 110013342-052-2018-00117-00
Demandante: LUZ MARINA FRANCO PINZON
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
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 Luz Marina Franco Pinzón 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, la señora Luz Marina Franco Pinzón, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5219 del 8 de agosto de 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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 a:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

El pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado continúe hacia futuro.

Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo, tomando como base el IPC.

Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas.

Que de las sumas que resulten a favor del demandante se descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (FI.9):

La demandante trabajó por más de 20 años al servicio de la docencia cumpliendo con los requisitos para el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por la accionada.

La base de liquidación pensional de la actora no tuvo en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales percibidos en actividad docente en el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus de pensionada.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Señaló el apoderado de la parte actora que la señora Luz Marina Franco Pinzón, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el último año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 13 de marzo de 2019 (fl.93) se corrió traslado a las partes procesales para que alegaran de conclusión.

La parte actora a través de memorial radicado el 20 de marzo de 2019 (fls.97 a 102) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales reiteró los argumentos expuestos en la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones.

Pidió que no se tenga en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado respecto al cambio de criterio del IBL que conforma las pensiones del régimen de transición por pertenecer la accionante a un régimen distinto al estudiado en ese asunto.

La entidad accionada 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 el 12 de octubre de 2018 (Fls. 45 a 47), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la accionante 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 último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la Ley 33 de 1985?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 5219 del 8 de agosto de 2016, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Luz Marina Franco Pinzón (Fls. 4 a 5).

2.2. Copia simple del certificado de salarios devengados por la actora en los años 2015 y 2016 (Fls.6 a 7).

2.3. Copia de los antecedentes administrativos de la docente Luz Marinas Franco Pinzón (Fls. 65 a 85).

2.4. Documento denominado “*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*”, en el que se indican los factores salariales devengados por la accionante en los años 2014, 2015 y 2016 (Fls.78 a 79).

2.5. Documento denominado “*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL*” (Fl.80).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 “*por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*”, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental,

distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

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

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

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

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

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

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

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

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,

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

entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Parágrafo 1o. (...)

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

(...)"

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

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las

disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

*“95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**”³*

En torno a la aplicación de la mencionada providencia, atendiendo a lo esgrimido por el extremo actor en las alegaciones finales, advierte el Despacho que, contrario a lo reseñado por dicha parte procesal, las sentencias que tienen el carácter de Unificación jurisprudencial, sí son de aplicación inmediata y además de obligatorio cumplimiento y observancia, y por tanto son vinculantes para los operadores judiciales y administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional⁴, en concordancia con el artículo 10 del CPACA que al tenor establece:

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.” (Subrayas fuera de texto)

Acorde con lo anterior, se reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la sentencia de unificación antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Adicionalmente en cuanto a las sentencias de tutela proferidas el 27 de septiembre y el 25 de octubre de 2018, por la Consejera ROCÍO ARAUJO OÑATE, se advierte que las sentencias proferidas dentro de las acciones constitucionales de tutela, solamente

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al 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 en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

³ Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁴ ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

surten efecto interpartes y en todo caso, el asunto que allí se sometió a estudio cuenta con fundamentos fácticos diferentes, pues las decisiones atacadas se adoptaron antes de la sentencia del 28 de agosto de la misma anualidad, en consecuencia la ratio decidendi de tal providencia, no es aplicable al caso bajo estudio.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 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 salariales devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

La sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual 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 la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

Para la aplicación de la norma en cita, igualmente resulta oportuno tener en cuenta la segunda subregla de interpretación establecida en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, toda vez que la misma se basa, de una parte, en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y de otra, en el artículo 48 *ibídem* que define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Así las cosas, como quiera que el mencionado criterio de interpretación es eminentemente constitucional, considera el Despacho que resulta aplicable a todas las decisiones relacionadas con la determinación de factores salariales que deben ser incluidos en la determinación del IBL pensional, en consecuencia, para ello se tendrán en cuenta, conforme a la subregla en cita, los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones en el último salario devengado.

Tal postura fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

Sumado a lo enunciado en precedencia, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual respecto a la importancia jurídica o necesidad de sentar jurisprudencia frente a los asuntos pendientes de fallo, dispone:

"ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA. *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Luz Marina Franco Pinzón, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad parcial de la Resolución No. 5219 del 8 de agosto de 2016, mediante la cual la entidad accionada, le reconoció la pensión de jubilación que disfruta, en lo atinente a la determinación de la cuantía, por cuanto en la misma no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados y efectivamente acreditados, en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, luego es menester resolver si la actora tiene derecho a dicho reajuste.

Al respecto, se encuentra probado que la accionante adquirió el estatus pensional el 15 de enero de 2016 (fls. 4 a 5), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional como lo admitió la entidad demandada, se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 5219 del 8 de agosto de 2016, la Secretaría de Educación del Distrito en representación de FONPREMAG reconoció a la señora Luz Marina Franco Pinzón, pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% de los factores asignación básica y prima de vacaciones (fls.4 a 5).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte que en tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año anterior a la adquisición del estatus.

En efecto, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que conforme a lo anotado en precedencia, es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Así las cosas, acorde con el acto acusado, se tiene que la demandante adquirió su estatus pensional el 15 de enero de 2016, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2015 y el 14 de enero de 2016.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, con base en los relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" visible a folios 78 a 79, según el cual, la accionante percibió: sueldo y primas: especial, de servicio, de vacaciones y de navidad; sin embargo, solo cotizó para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Verificada la Resolución No. 5219 del 8 de agosto de 2016 (fls. 4 a 5), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones,

lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, consagrado en la Ley 33 de 1985 y 62 de la misma anualidad conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ahora bien, respecto a lo indicado por el mandatario de la parte actora en los alegatos de conclusión sobre la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 citada a lo largo de esta providencia, el Juzgado reitera lo referido por el Consejo de Estado en el párrafo 115 de la providencia antes mencionada, en cuanto a que por regla general ese tipo de sentencias tiene efectos retrospectivos y por tanto son aplicables a todos los casos que se encuentren pendientes de decisión y respecto de los cuales no exista cosa juzgada.

Aunado a lo anterior, se resalta lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 10 de octubre de 2018, el cual basado en el pronunciamiento arriba enunciado indicó que deben reconocerse los factores únicamente sobre los que se ha efectuado cotización y están relacionados en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 del mismo año. En efecto señaló:

“Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.

En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica.

En consecuencia, la sentencia del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda deberá revocarse y, en su lugar, se denegarán”.⁵

En ese orden de ideas, al ser plenamente aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena y al no encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, proferida el 10 de octubre de 2018, dentro del proceso con radicación número: 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17).

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 de 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 demandante 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

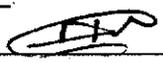
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy diez (10) de abril de 2019 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>02</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>

