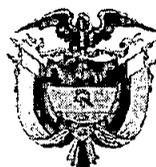


632



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"**

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

**Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

**REFERENCIAS:**

<b>Radicación:</b>	11001-33-35-028-2012-00152-01
<b>Demandante:</b>	FABIO BURITICÁ TRUJILLO
<b>Demandado:</b>	INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGURO SOCIAL hoy- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
<b>Medio de Control:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante** contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 2014, por el Juzgado Once (11) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

El señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la **Resolución No. 015292 del 12 de abril de 2007**, por la cual se reliquidó la pensión del demandante en razón al retiro definitivo del servicio y se ordenó la inclusión en nómina de pensionados, así como la nulidad de las resoluciones **No. 041595 del 12 de septiembre de 2008**, a través de la cual se reliquidó la prestación y se estableció en cuantía de \$1'674.447, y **No. 059325 del 14 de diciembre de 2009**, mediante la cual se reajustó nuevamente la pensión y se suprimió el reconocimiento de la mesada 14.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó como pretensión principal, se condene a la accionada a reliquidar la pensión de jubilación del accionante en los términos de la Ley 71 de 1988, esto es, con el 75% del salario sobre el cual

efectuó aportes en el último año de servicios *"sumando aportes a las Cajas de Previsión del sector público y al ISS"*, con efectividad a partir del 31 de diciembre de 2006.

De forma subsidiaria, requirió que se reliquide la prestación del demandante *"en un porcentaje del 90% (y no del 74.76%) sobre el IBC REAL, esto es, sobre el total de los salarios con base en los cuales el demandante aportó durante los últimos 10 años de afiliación al ISS por haber reunido más de 1250 semanas de cotización exclusiva al Seguro Social"*.

Pidió que de no concederse la reliquidación en alguno de los términos descritos, en su lugar, se ordene: i) el restablecimiento del monto inicial de la pensión que le fue reconocida mediante la Resolución No. 041595 de 2008, esto es, \$1'674.447, el cual asegura fue reducido en actos administrativos posteriores, ii) *"la devolución de las sumas que por la arbitraria reducción de la mesada pensional, el ISS descontó unilateralmente y sin autorización alguna del demandante, en cuantía de \$3'656.484, y las diferencias por la reducción de la mesada pensional"*, iii) el reconocimiento y pago de la mesada 14.

Finalmente, solicitó que en todo caso se disponga que: i) se cancelen las diferencias que se adviertan entre las mesadas ya pagadas y las que se causen durante el trámite judicial, *"de manera retroactiva al 31 de diciembre de 2006"* ii) el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 *"sobre las diferencias por mesadas pensionales reajustadas, causadas desde el 1° de Enero de 2007, en adelante, hasta el momento efectivo del pago"*, iii) se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

## **1.2. HECHOS Y OMISIONES.**

Los hechos expuestos en la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El demandante nació el 12 de octubre de 1946 y laboró, en calidad de empleado público, al servicio del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital desde el 18 de octubre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2006. De forma simultánea, el accionante se desempeñó como docente universitario en la Pontificia Universidad Javeriana del 15 de enero de 1982 al diciembre de 1997, en la Universidad Nacional de Colombia desde septiembre de 2002 hasta noviembre de 2003, y en la Fundación Universidad Central entre los meses de agosto de 2004 y noviembre de 2006.
- Mediante la Resolución No. 042860 del 20 de octubre de 2006, el ISS reconoció una pensión de jubilación a favor del demandante en los términos de la Ley 33 de 1985 pero determinando el IBC conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por lo cual se estableció como valor de la mesada la suma de \$1.574.498, condicionada al retiro definitivo del servicio.
- A través de la Resolución No. 015292 del 12 de abril de 2007 la prestación fue reliquidada en razón al retiro definitivo del servicio - 31 de diciembre de 2006- y el accionante fue ingresado en nómina de pensionados.

- El 24 de agosto de 2007 el demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, *"por tener más de 1250 semanas cotizadas y tener entonces derecho al 90% del IBC"*.
- Mediante Resolución No. 041595 del 12 de septiembre de 2008, la accionada dispuso reajustar la prestación del actor tomando un IBC de \$2'239.763 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 74.76%. En dicho acto administrativo se desconoció que el demandante acreditó un total de 1.255,57 semanas cotizadas de forma exclusiva al ISS.
- El 23 de julio de 2009 el señor BURITICÁ TRUJILLO solicitó el reconocimiento de la mesada 14 correspondiente al mes de junio de 2009 *"porque no le fue pagada con la nómina respectiva del mencionado mes"*.
- A través de la Resolución No. 059325 del 14 de diciembre de 2009 la cuantía de la mesada pensional fue disminuida de \$1'674.447 a 1'592.342 y se ordenó un reembolso a favor del ISS de \$3'656.484.
- El 16 de abril de 2012 el demandante radicó la demanda de la referencia en la Jurisdicción Ordinaria Laboral<sup>1</sup>.

### 1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

#### Constitución Política.

**LEGALES:** artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, artículos 7° y 9° de la Ley 71 de 1988, artículos 6° y 8° del Decreto 2709 de 1994.

Sostuvo que al reconocer el derecho pensional la entidad omitió dar aplicación a la disposición que resultara más favorable para los intereses del accionante, razón por la cual insistió en que en el presente asunto debe determinarse si resulta más beneficioso aplicar el 75% del promedio del salario sobre el cual se efectuaron los aportes en el último año de servicios o sí en su lugar, se debe determinar el IBL con el promedio de los últimos 10 años de servicio, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%.

Afirmó que en los actos acusados se redujo de forma arbitraria el monto de la mesada pensional que venía devengando el interesado, lo que representa *"una vulneración del principio de imposibilidad de revocatoria de actos que reconocen derechos"*, dado que la entidad, aunque no revocó los actos administrativos en su totalidad sí redujo la cuantía ya reconocida sin consultar previamente al accionante. En este punto, se refirió al alcance de la revocatoria directa de los actos administrativos, aspecto ante el cual citó lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia

<sup>1</sup> Se deja constancia que mediante providencia del 14 de agosto de 2012, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y dispuso remitir el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

del 21 de mayo de 2009 proferida dentro del expediente 2005-00228 y la sentencia de tutela No.059/20052.

#### 1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La apoderada de COLPENSIONES manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que carecen de fundamento fáctico y legal, toda vez que asegura que los actos administrativos acusados fueron expedidos en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, régimen pensional aplicable en el caso del demandante, y el Decreto 1158 de 1994.

Explicó que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que su prestación se liquide con *"el 75% del salario promedio devengado o cotizado durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento de la pensión"* o en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional, según sea el caso, incluyendo los emolumentos enunciados en el Decreto 1158 de 1994, y no con el último año de servicios como lo pretende el demandante, razón por la cual deben negarse las pretensiones incoadas.

Propuso como excepciones las que denominó de la siguiente manera: *"carácter ejecutoriado del acto administrativo"*, *"presunción de legalidad"*, *"inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir"*, *improcedencia del pago de intereses moratorios*, *"prescripción"*, *"principio de seguridad jurídica"*, *"principio de igualdad"* y la excepción genérica.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Once (11) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de mayo de 2014<sup>3</sup>, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Con el fin de determinar el régimen pensional aplicable al señor BURITICÁ TRUJILLO, el *a quo* resaltó que el demandante nació el 12 de noviembre de 1946 y que laboró al servicio de ADPOSTAL del 28 de agosto de 1968 al 8 de julio de 1970 y del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito desde el 19 de octubre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2006.

Así mismo, encontró probado que, entre algunos de los periodos descritos, el accionante también se desempeñó como docente en universidades de orden privado, por lo que efectuó cotizaciones de forma simultánea en ambos sectores.

Por lo tanto, concluyó lo siguiente:

<sup>2</sup> Folios 533 a 540 del cuaderno No.1

<sup>3</sup> Fls 568 a 589 del cuaderno principal No.2

634

- i) **Decreto Ley 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969:** determinó que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) el accionante contaba con menos de 15 años de servicio por lo que no es beneficiario del régimen de transición contenido en el parágrafo 2° del artículo 1° de dicha norma y por ende, no le resultan aplicables los decretos en comento.
- ii) **Ley 71 de 1988:** explicó que aunque esta disposición permite la sumatoria de las cotizaciones efectuadas *"por la labor desempeñada tanto en el sector público como en el sector privado"*, se requiere que estos aportes correspondan a periodos alternos y no a los laborados en forma simultánea como en el caso del demandante, por lo que consideró que no resulta procedente la aplicación de dicha norma. Al respecto, citó lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto No. 1997053384-1 del 13 de enero de 1999.
- iii) **Ley 33 de 1985:** sostuvo que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social para los funcionarios de orden distrital (30 de junio de 1995) el demandante tenía más de 40 años de edad, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido, *"le resultan aplicables las normas del régimen anterior al que se encontraba afiliado, esto es, la Ley 33 de 1985"*.

De igual forma, señaló que en los términos de esta norma, el demandante adquirió el estatus de pensionado el 12 de noviembre de 2001, es decir, previo a la expedición del Acto legislativo 001 de 2005 por lo que tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

En tal virtud, concluyó que conforme al principio de favorabilidad, la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, es la disposición más beneficiosa para los intereses del demandante, en tanto permite la liquidación de la pensión con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio.

Respecto a los factores salariales que se deben incluir en la base pensional, explicó que la lista contenida en la Ley 62 de 1985 es de carácter enunciativo y no taxativo, de manera que, conforme a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pueden tenerse en cuenta todos los emolumentos *"que fueron devengados por el trabajador y que constituyen salario, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse"*.

De otra parte, se refirió a la pretensión subsidiaria tendiente a la reliquidación de la pensión con el 90% del IBC de los últimos 10 años de servicio, indicando que *"no obra prueba que el demandante haya renunciado al régimen de transición del que es beneficiario, contemplado en el artículo 36 de la norma en comento, encontrándose que le es más favorable la Ley 33 de 1985 que la Ley 100 de 1993"*.

Una vez estableció que el demandante, como beneficiario de la transición prevista en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le aplique de manera integral el régimen pensional dispuesto en la Ley 33 de 1985, sostuvo que es procedente declarar la nulidad de los actos acusados (resoluciones No. 15292 de 2007, No. 41595 de 2008 y No. 59325 de 2009) y ordenar la reliquidación de la pensión en los términos de dicha disposición, toda vez que la entidad accionada no aplicó en debida forma la normativa reseñada y solo incluyó en la base pensional los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, desconociendo que en el último año de servicios el demandante devengó los conceptos de asignación básica, las primas técnica, de riesgo, de antigüedad, de junio, de navidad y de vacaciones, las bonificaciones por servicios prestados y por recreación y lo correspondiente a vacaciones, algunos de los cuales debieron ser incluidos en la base pensional.

En este punto, explicó que conforme a lo dispuesto en el Decreto 2719 de 2001 la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, de manera que no puede incluirse en la liquidación. Así mismo, señaló que las vacaciones *"no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales"*.

Afirmó que aunque el demandante tiene derecho a la reliquidación reclamada a partir del 31 de diciembre de 2006, fecha del retiro definitivo del servicio, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de abril de 2009 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción trienal. Al respecto, precisó que: i) la prestación fue reconocida mediante Resolución No. 42860 del 20 de octubre de 2006, ii) la solicitud de reliquidación pensional fue presentada el 24 de agosto de 2007 y iii) la demanda fue presentada en la jurisdicción ordinaria laboral el 16 de abril de 2012, *"transcurriendo más de tres años entre un hecho y otro"*, por lo que se encuentra configurado el fenómeno prescriptivo.

De otra parte, se refirió a la mesada 14 o mesada adicional de junio explicando que esta fue creada mediante el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y que el derecho a percibirla *"se limitó temporal y económicamente"* con la expedición del Acto Legislativo 001 de 2005. Sobre el particular, resaltó que el demandante adquirió su estatus de pensionado el 12 de noviembre de 2001, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de *"todas las mesadas adicionales de junio causadas desde junio de 2007, descontándole el valor actualizado, de las mesadas adicionales de junio que le hayan sido canceladas"*.

Así las cosas, el *a quo* dispuso: i) declarar la nulidad de los actos acusados, ii) ordenar la reliquidación de la pensión del demandante con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios prestado, incluyendo los emolumentos mencionados en precedencia, a partir del 31 de diciembre de 2006, pero con efectos fiscales desde el 16 de abril de 2009 por prescripción trienal, iii) ordenar el reconocimiento y pago de la mesada 14 desde junio de 2007, iv) negar la condena en costas y las demás pretensiones de la demanda.

63

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>

La parte demandante interpuso en término recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, manifestando su inconformidad frente a tres puntos específicos, a saber:

- Régimen pensional más favorable

Resaltó que aunque el *a quo* dispuso que la reliquidación de la pensión del demandante debe efectuarse con el régimen pensional que consideró más favorable, esto es, con el 75% promedio del último año de servicios, dicha liquidación se ordenó *"SIN INCLUIR los aportes que hizo como trabajador profesor universitario, en el sector privado y NO aplicando la ley 100 de 1993 es decir el 90% de los APORTES de los últimos diez años, SUMANDO cotizaciones tanto como servidor público como profesor universitario"* (SIC).

Alegó que al aplicar la Ley 33 de 1985, el IBC se establecería en la suma de \$2'842.990 y al aplicar la tasa de reemplazo del 75% resultaría en una mesada de \$2'132.242, mientras que al sumar los aportes efectuados como servidor público y como profesor universitario, el IBC sería mayor a los 3'000.000 y al aplicar un porcentaje del 90% la cuantía de la pensión sería de \$2'700.000 aproximadamente, lo que representa una suma superior y más favorable para el demandante.

Por lo anterior, solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia, sumando todos los aportes efectuados al ISS en los últimos 10 años de servicios, con la correspondiente indexación, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

- Prescripción:

Alegó que el accionante presentó diversas solicitudes a fin de que se revisara el monto de su pensión, siendo radicada la última petición el 23 de julio de 2009, a través de la cual se requirió el restablecimiento de la mesada 14. Al respecto, indicó que este pedimento fue resuelto negativamente mediante la Resolución No. 59325 del 14 de diciembre de 2009, la cual fue notificada el **22 de abril de 2010**, momento a partir del cual debe tenerse por agotada la vía gubernativa y no en la fecha indicada por el *a quo*, toda vez que esta es la resolución que finalmente decidió sobre las modificaciones a la cuantía de la prestación y por ende, solo *"cuando se emite el último acto administrativo que resolvió sobre el monto de la pensión, quedó habilitado el actor para incoar la demanda"*.

Agregó que la demanda en la jurisdicción laboral fue interpuesta el **16 de abril de 2012**, razón por la cual no operó el fenómeno de la prescripción trienal.

<sup>4</sup> Fls 594 a 596 del cuaderno No.2

- Devolución de aportes

Expuso que de confirmar la decisión del *a quo*, debe ordenarse la devolución del 100% de los aportes realizados como profesor universitario, con la correspondiente indexación, en tanto dichas cotizaciones "no van a beneficiarle el monto de la pensión".

#### IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Mediante auto del 15 de septiembre de 2014<sup>5</sup>, se corrió traslado a las partes por el término común de 10 días para que alegaran de conclusión.

La **parte actora**<sup>6</sup> reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación referentes a la prescripción, la aplicación de la norma más favorable y la devolución de aportes, e insistió en que se modifique la sentencia de primera instancia en los términos ya descritos.

De otra parte, la **entidad demandada** no se pronunció en esta etapa procesal y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

#### V. CONSIDERACIONES

##### 5.1. COMPETENCIA.

Conforme lo dispone el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, y siendo que la sentencia objeto de recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Once (11) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, esta Sala de Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en segunda instancia.

##### 5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Una vez examinado el contexto del litigio, la Sala considera que en la presente oportunidad el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si debe modificarse la sentencia de primera instancia en tanto el demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada en los términos del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año, disposición que permite la aplicación de una tasa de reemplazo de hasta 90%, con la inclusión de los aportes efectuados tanto al sector público como el privado, o si en su lugar, debe confirmarse la reliquidación concedida por el *a quo* en los términos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985 y la posición jurisprudencial fijada por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, al tratarse el demandante del apelante único. Estudiado lo anterior, se analizará lo correspondiente a la prescripción trienal alegada.

<sup>5</sup> Fl 627 del cuaderno principal No.2

<sup>6</sup> Fls 608 a 610 del cuaderno principal No.2

De otra parte, debe indicarse que nada se dispondrá respecto de la devolución de aportes dado que esta controversia no fue planteada en las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación no puede utilizarse como una nueva oportunidad para agregar debates que no fueron puestos en conocimiento en su momento al juez de primera instancia.

### 5.3. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

#### 5.3.1. Ley 100 de 1993 y vigencia del Sistema General de Pensiones - Régimen de transición: evolución normativa regular.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los requisitos y condiciones generales para acceder a la pensión de jubilación por parte de los servidores públicos se encontraban contenidas en la Ley 33 de 1985, norma que tenía previsto que todo "empleado oficial" que acumulara 20 años de servicio y llegara a los 55 años de edad, tendría derecho al reconocimiento y pago de "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 obstante, debe recordarse que dicha normativa no alcanzaba vocación de aplicación general ni siquiera en el sector público, pues en paralelo continuaban vigentes o seguían siendo expedidos regímenes especiales de pensiones consagrados en favor de servidores públicos de diversos sectores, tales como aquellos correspondientes a los empleados públicos de la Contraloría General de la República (Decreto 929 de 1976), Rama Judicial (Decreto 546 de 1971), o Departamento Administrativo de Seguridad (Decreto 1933 de 1989), entre otros.

La expedición de la Ley 100 de 1993 supuso el advenimiento del Sistema General de Pensiones, que significó un esfuerzo del Legislador para unificar la normatividad del sector con pretensiones de aplicación universal, e implicó la variación sustancial de los requisitos, parámetros y exigencias bajo los cuales es posible causar un determinado derecho pensional.

Para acometer tal objetivo, el artículo 273 de la Ley 100 de 1993 autorizó al Gobierno Nacional para proveer sobre la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, asunto que concretó con la expedición del Decreto 691 de 1994, según el cual, la norma bajo estudio cobró vigencia para los servidores públicos, así: *i.* El 1º de abril de 1994, para los servidores públicos del orden nacional, y *ii.* A más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde, respecto de los servidores públicos del orden territorial.

El establecimiento de esas nuevas reglas de juego en el horizonte prestacional supuso un cambio mayúsculo en el sistema colombiano de pensiones, que en todo caso, fue instituido sin perjuicio de los derechos adquiridos o expectativas legítimas de ciertos sectores de población, garantías que fueron protegidas, en concreto, con la prescripción adoptada en el artículo 11, según la cual "se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones

normativas anteriores", para el primer caso y con la adopción de un régimen de transición pensional, para el segundo.

El mencionado mecanismo transicional fue previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

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

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

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos (...)"*

El aparte normativo transcrito contempló un régimen de transición del cual se pueden beneficiar las personas que, al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se encontraran dentro de los siguientes grupos poblacionales: *i.* Hombres con 40 años cumplidos o más, *ii.* Mujeres con 35 años cumplidos o más, y *iii.* Personas en cualquier rango de edad que tuvieran más de 15 años cotizados. El beneficio de transición consiste, esencialmente, en mantener o conservar las condiciones que cobijaban a un individuo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de causar una pensión de vejez, a propósito de los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto pensional, prerrogativas que comprenden todo el universo de regímenes anteriores vigentes a la entrada de la Ley 100 de 1993, y no establece distinción alguna entre el régimen general que existía para los servidores públicos (Ley 33 de 1985) o los regímenes especiales preexistentes.

Igualmente, los incisos segundo y tercero de esa norma dan cuenta de una suerte de distinción simple respecto del ingreso base de liquidación aplicable a los sujetos beneficiarios de la transición, que, en consideración a la fecha de adquisición del estatus jurídico de pensionado de cada individuo, estableció maneras disímiles de calcular la base de liquidación de las pensiones de jubilación.

Dichas previsiones iniciales variaron a partir de la expedición de la sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, providencia en la que la Corte Constitucional declaró "EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la

presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE<sup>7</sup>.

Dicho lo anterior, en lo sucesivo, la Sala se ocupará del tema concerniente a las reglas de interpretación normativa que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han expuesto, a propósito del ingreso base de liquidación que debe ser aplicado para efectos de calcular la cuantía de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

### **5.3.2. Evolución jurisprudencial acerca del ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.**

La interpretación de las normas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referentes al ingreso base de liquidación que corresponde a las pensiones reconocidas bajo el amparo del régimen de transición, no ha sido uniforme y por ende, tampoco de aplicación sencilla en el ámbito de competencia de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el particular, vale recordar que los términos normativos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 han sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes, a través de su ejercicio jurisdiccional ordinario, han prolijado tesis que van desde la satisfacción del principio de sostenibilidad financiera del sistema, la adopción del principio de inescindibilidad normativa, hasta el acatamiento a los términos estrictos de la norma.

En efecto, vale recordar que a comienzos de este siglo, la jurisprudencia del Consejo de Estado se encaminaba a entender que el concepto de "monto" al que refería el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, necesariamente debería incluir el ingreso base de liquidación, de manera que, las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición deberían ser calculadas en cuantía igual al resultado de aplicar tanto la tasa de reemplazo como la base liquidatoria establecida en los regímenes preexistentes al Sistema General de Pensiones<sup>8</sup>.

Dicha posición, sin embargo, también admitió interpretaciones diversas por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado a la hora de dar aplicación al ingreso base de liquidación previsto en la Ley 33 de 1985, Corporación que en la década siguiente sostuvo razonamientos distintos sobre la base liquidatoria de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición, pues mientras en algunas ocasiones "consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras [...] expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente [...] expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>8</sup> Sobre el particular, pueden verse:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 21 de septiembre de 2000, Expediente núm. 470-1999.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Expediente núm. 2004-2000.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 23 de noviembre de 2000, Expediente núm. 2936-1999.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente núm. 2006-7509-01

637

Tal divergencia fue zanjada mediante sentencia calendada 4 de agosto de 2010<sup>10</sup>, oportunidad en la cual el Órgano Vértice de la Jurisdicción privilegió la aplicación del principio de inescindibilidad o conglobamento<sup>11</sup>, y concluyó que *"la Ley 33 de 1985 no indic[ó] en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*<sup>12</sup>. La interpretación acogida en 2010 por el Consejo de Estado coincidió con aquella expuesta y aplicada hasta ese momento por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional.

Ello permaneció así hasta la expedición de la sentencia SU-230 de 2015, providencia hito a través de la cual la Corte Constitucional dispuso modificar el sentido de su jurisprudencia en vigor en el ámbito de la tutela; extendió la *ratio* consignada en la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y precisó que **el ingreso base de liquidación no es un elemento del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, y por tal razón, dichas pensiones deben ser liquidadas calculando el porcentaje previsto a manera de monto por el régimen anterior, sobre el ingreso base de liquidación previsto en la Ley 100 de 1993.

El precedente vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 ha sido reiterado por esa Corporación en múltiples pronunciamientos, y las subreglas de interpretación normativa adoptadas fueron recientemente compiladas en sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, así:

*"97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:*

*98. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.*

*99. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.*

*100. (iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.*

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> Sobre el criterio de inescindibilidad o conglobamento, pueden verse:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 9 de abril de 2014, Expediente No. 25000-23-25-000-2005-10200-01(2625-11), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 13 de febrero de 2014, Expediente No. 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P. Alfonso Vargas Rincón.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 26 de marzo de 2015, Expediente No. 2013-00055, M.P. César Palomino Cortés.

<sup>12</sup> *Ibidem.*

101. (iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

102. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.

103. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.

104. (vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.<sup>13</sup>

Luego entonces, la nueva posición jurisprudencial en vigor de la Corte Constitucional significó una ruptura respecto de la interpretación adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010, suceso que propició la expedición de sentencias en uno u otro sentido al interior del Contencioso Administrativo.

Además de esto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación jurisprudencial calendada 28 de agosto de 2018, en la cual se advierte que ese Tribunal cambió la postura que sostenía la Sección Segunda, en los siguientes términos:

*"92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:*

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

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el período para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

98. El artículo 48 constitucional 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”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

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.”<sup>14</sup>

Así las cosas, una vez identificado el estado del arte jurisprudencial, esta Sala de Subsección considera que las reglas de interpretación normativa expuestas por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, y por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 resultan de obligatoria aplicación para todos los beneficiarios del régimen de transición, teniendo en cuenta que la interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por esa corporación en sentencia C-258 de 2013 es de ineludible adopción, entendimiento que este Tribunal acata y reitera, tal como lo ha efectuado de manera consistente en casos análogos<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 28 de agosto de 2018, Expediente núm. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

<sup>15</sup> Al respecto pueden verse las sentencias de segunda instancia proferidas por esta Subsección dentro de los siguientes expedientes: 11001333501120160017501, 1100133350212015042201, 11001334204920160032501, 11001333503020160027801, 11001333502320150063201, 11001334205020160016501, 25269334000220150011201, 11001333502320140072901, 11001333502320150004901, 11001333502820150096101, 11001333502320150034401.

Como complemento, en lo que respecta a los factores que integran la base, la Corte Constitucional en reciente sentencia SU-226 de 2019, señaló que *"el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes"*. E insistió en que *"sobre el trabajador, bajo ninguna circunstancia, pueden recaer los efectos negativos de las omisiones en que incurran el empleador o la entidad administradora correspondiente"*, e indicó que *"una actuación contraria a ese presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar"*.

En este orden de ideas, esta Subsección observa que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 por parte del empleador, referentes a los deberes de descontar, aportar y trasladar el monto de las cotizaciones a las entidades administradoras de pensiones, no puede tenerse como un asunto oponible al trabajador, y por ende, no constituye óbice alguno para que este reclame el reajuste de su pensión con fundamento en los factores que constituyen la base legal y reglamentaria de liquidación de la prestación.

En consecuencia, esta Instancia Judicial considera que, si las pensiones deben ser liquidadas únicamente con inclusión de todos los emolumentos que constituyen factores legales o reglamentarios de cotización al sistema, en aquellos casos en que el empleador no haya efectuado cotizaciones sobre estos, se impone ordenar el reajuste pensional respectivo junto con el pago de las diferencias dinerarias no prescritas resultantes.

#### **Conclusiones.**

Como compendio de todo lo antedicho, la Sala se permite derivar las siguientes conclusiones, a manera de subreglas de interpretación normativa:

- i.* La fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es uniforme para todos los servidores públicos, pues mientras dicha vigencia se predica a partir del 1 de abril de 1994 respecto de los servidores públicos vinculados a entidades y organismos del **orden nacional**, la entrada en vigor de dicha normativa para aquellos servidores públicos vinculados a instituciones del **orden territorial** es aquella en que así lo determinó el respectivo gobernador o alcalde, data que a más tardar debe corresponder al 30 de junio de 1995.
- ii.* Son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes a la entrada en vigencia de dicha norma, se encontraran dentro de los siguientes grupos poblacionales: *i.* Hombres con 40 años cumplidos o más, *ii.* Mujeres con 35 años cumplidos o más, y *iii.* Personas en cualquier rango de edad que tuvieran más de 15 años cotizados.

- iii.** El beneficio de que trata el aludido régimen de transición consiste en mantener o conservar las condiciones que cobijaban a un individuo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de causar una pensión de vejez, a propósito de los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto pensional, entendido este último como la tasa de reemplazo.
- iv.** El régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no comprende el ingreso base de liquidación de las pensiones, por ende, la base liquidatoria de toda prestación reconocida en virtud del régimen de transición debe corresponder a la prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 36 *ejusdem*.
- v.** Los ingresos base de liquidación aplicables a las pensiones reconocidas en virtud de la pluricitada transición, son los siguientes:
- a1.** Las pensiones causadas entre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -según corresponda-, y hasta antes del cumplimiento de 10 años de su entrada, deben ser liquidadas con un ingreso base de liquidación que corresponde al más favorable entre las siguientes opciones<sup>16</sup>: *i.* El promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus jurídico de pensionado, o *ii.* El promedio de lo cotizado durante toda la historia laboral.
- a2.** Las pensiones causadas a partir del cumplimiento de 10 años de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tienen regla especial para calcular el ingreso base de liquidación de la prestación, de manera que ha de seguirse lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 36 *ejusdem*, y en consecuencia, dar aplicación del artículo 21 de ese Estatuto, razón por la cual el ingreso base de liquidación corresponde al más favorable entre las siguientes opciones: *i.* El promedio de lo cotizado por el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o *ii.* El promedio de lo cotizado durante toda la historia laboral, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.
- vi.** En todo caso, debe entenderse que los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son, en estricto sentido, aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 y en las normas de tipo legislativo o reglamentario que modifiquen o adicioneen ese listado, independientemente de que el empleador haya efectuado o no los aportes correspondientes.
- vii.** Las anteriores subreglas de interpretación normativa constituyen el parámetro de derecho aplicable por esta Subsección de Tribunal para todos aquellos casos en los que se discuta la liquidación de pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición previsto en el

---

<sup>16</sup> Excepción hecha de las pensiones causadas en antes del 20 de abril de 1995 -día de expedición de la sentencia C-168/95-, pensiones que deben ser liquidadas partiendo de un ingreso base de liquidación constituido por el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios.

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo que hace, en específico, al ingreso base de liquidación o los factores que deben ser incluidos en el mismo.

viii. Dichas conclusiones tienen vocación de aplicación continua y permanente, esto es, sin atención de lo general o especial del régimen pensional anterior cuya aplicación se invoque.

### 5.3.3. Del régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 y el Decreto 758 de 1990

El Acuerdo 049 de 1990, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, "por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte", aprobado por el Decreto 758 de 1990, en su artículo 1º dispuso:

#### **CAMPO DE APLICACIÓN.**

**ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE.** Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

De conformidad con lo expuesto, los únicos servidores públicos que en principio tenían derecho al régimen del seguro social obligatorio, eran aquéllos denominados funcionarios de seguridad social, es decir, los servidores vinculados al ISS mediante relación legal y reglamentaria. No obstante, algunas entidades públicas facultadas, optaron por afiliar a sus empleados al ISS, razón por la cual también les resultaba aplicable este régimen pensional.

En ese sentido, la aplicación del mencionado Acuerdo y del Decreto 758 de 1990, tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados.

Ahora bien, el artículo 12 de la disposición en comento, estableció los siguientes requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 20 establece la tasa de reemplazo máxima aplicable bajo esta disposición, de conformidad con el número de semanas cotizadas así:

**ARTÍCULO 20. INTEGRACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y DE VEJEZ.** Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(..)

**II. PENSIÓN DE VEJEZ.**

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

**PARÁGRAFO 1o.** El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses”.

NUMERO SEMANAS	%INV. P.TOTAL	%INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Resalta la Sala que el Decreto 758 de 1990, se aplica a aquellos servidores públicos o sus beneficiarios que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS y que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían causado los derechos pensionales que dicho acuerdo consagra, bajo las condiciones que este establece, o con posterioridad a ella si estuvieran cobijados por el régimen de transición.

Debe resaltarse además que, tal como se indicó en precedencia, con la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018<sup>17</sup>, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción determinó que el régimen de transición no contempla el ingreso base de liquidación, razón por la cual éste se determina con los factores salariales descritos en el Decreto 1158 de 1994.

<sup>17</sup> Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - C:P: César Palomino Cortés. 28 de agosto de 2018. Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Actor Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

641

**5.4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO EN CONCRETO.**

**- De la aplicación de la norma más favorable:**

Considera la parte apelante que al reliquidar la pensión de jubilación del señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO con el 90% de lo cotizado en los últimos 10 años de servicio, (sumando todos los aportes efectuados tanto como servidor público y como docente universitario al ISS), la cuantía de la mesada podría resultar superior a aquella que se le reconoció en primera instancia en los términos de la Ley 33 de 1985. Por tanto, se advierte que lo pretendido en el recurso de alzada es que se aborde la reliquidación pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año.

De conformidad con el expediente administrativo allegado por la entidad accionada, la Sala encuentra acreditado que el señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO nació el 12 de noviembre de 1946 (f. 14), por lo que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>18</sup> (30 de junio de 1995) contaba con 48 años de edad, y en ese sentido, es beneficiario del régimen de transición previsto en dicha norma.

Además, se tiene que el accionante laboró al servicio del Distrito como empleado público efectuando aportes a pensión, inicialmente a distintas cajas de previsión y posteriormente al Instituto de Seguros Sociales. Así mismo, se encuentra que, de forma simultánea, se desempeñó como docente en diferentes instituciones universitarias cotizando de manera exclusiva al ISS. En este punto, debe precisarse que en todo caso el último lugar de servicios es el Departamento Administrativo de Previsión Social del Distrito, lo que habilita a la Sala para decidir de fondo el asunto.

Las precisiones anteriores se resumen de la siguiente manera:

EMPLEADOR	PERIODO	APORTES	
		CAJA/ ISS	TOTAL EN DÍAS
ADMINISTRACIÓN POSTAL NACIONAL	28/08/1968 a 8/07/1970	CAPRECOM (f.392)	679
DTO ADM.DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO	18/10/1979 a 31/12/ 2006	CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO (f. 46)	5.918
		INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS (f. 47)	4.017
P.U. JAVERIANA	15/01/1982 a 18/12/1997	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS (f. 418)	5. 816

<sup>18 18</sup> ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a jajamás tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

U.NACIONAL	12/08/2002 a 6/12/2002	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS (f. 356)	362
	10/02/2003 a 6/06/2003		
	11/08/2003 a 19/12/2003		
U. CENTRAL	1°/08/2004 a 30/11/05	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS <sup>19</sup>	486
	1°/01/2006 a 30/11/06		

Conforme a lo expuesto, se advierte que el accionante laboró al servicio del Distrito por 29 años, 3 meses y 22 días, periodo en el cual cotizó a CAPRECOM y a la Caja de Previsión Social del Distrito un total de 6.597 días, equivalentes a 943 semanas de cotización, mientras que los aportes restantes, esto es, los efectuados desde el 1° de enero de 1996 hasta el momento del retiro, los realizó en el ISS.

Ahora, en lo que respecta al tiempo de servicio como docente se advierte que el parágrafo 1° del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, dispone que *“el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a este límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.* En tal sentido, como se encuentra certificado que el accionante laboró con una dedicación de medio tiempo, es claro para la Sala que el tiempo de servicio prestado como docente universitario es computable para efectos pensionales.

De igual forma, la tesis anterior adquiere sustento en el hecho de que COLPENSIONES aportó al expediente el *“Resumen de Semanas Cotizadas por Empleador”* actualizado al 7 de enero de 2015<sup>20</sup>, a través del cual la entidad accionada certificó que una vez realizado el descuento correspondiente por los periodos simultáneos a que se ha hecho referencia, el accionante, entre lo laborado en el Distrito y los periodos de servicio como docente, acreditó en su vida laboral un total de **1.286,22 semanas de cotización exclusivas al ISS**, equivalentes a 24 años.

De otra parte, debe señalarse que mediante la **Resolución No. 042860 del 20 de octubre de 2006** (fl. 15 a 17) el Instituto de Seguro Social reconoció a favor del demandante una pensión de jubilación, como beneficiario del régimen de transición, en cuantía de \$1'574.498 condicionada al retiro del servicio. En dicho acto administrativo contabilizó el periodo laborado en la Administración Postal Nacional y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito, señalando que *“el tiempo cotizado a entidades de previsión del sector público y el cotizado al ISS permite cumplir 20 años con mínimo exigidos para la pensión”* en la Ley 33 de 1985. Además, la liquidación se efectuó teniendo en cuenta *“el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

<sup>19</sup> Se deja constancia que en el expediente no la obra el certificado de tiempos de servicios con este empleador. Sin embargo, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones (f. 613), los aportes se efectuaron en dicho periodo.

<sup>20</sup> Fl 613 del cuaderno principal No.2

642

Ahora bien, expuesto todo lo anterior considera la Sala que en el presente asunto las partes no discuten el hecho de que el señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, razón por la cual, y atendiendo además a lo acreditado en el proceso, puede darse aplicación al régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En tal sentido, se resalta que el interesado cumple con los requisitos para que su prestación se reliquide en los términos del régimen pensional en comento, dado que acreditó 60 años de edad y un total de **1.286,22 semanas de cotización** en el ISS. Al respecto, se resalta que si bien el cómputo final de semanas, involucró periodos laborados al sector público, pero también actividades de orden privado, dicha situación no impide la aplicación del Decreto 758 de 1990 dado que la exigencia de esta norma se limita a que los aportes se hayan efectuado de forma exclusiva al ISS o COLPENSIONES.

Respecto de la tasa de reemplazo aplicable en el presente asunto es pertinente reiterar, que el artículo 20 citado en precedencia establece una base inicial del 45% incrementada a razón de un 3% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500, sin que exceda el tope de 90%. Por tanto, como el accionante acreditó más de 1.250 semanas, en función de lo previsto en la norma ya citada, puede acceder a la tasa de reemplazo del 90% que reclama, al ser éste uno de los elementos protegidos por la transición normativa de la Ley 100 de 1993, de la que es beneficiario.

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que su prestación se reliquide con el 90% del promedio de salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento del derecho, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994. Por tanto, se hace necesario modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que el reajuste ordenado se debe efectuar en los términos descritos en esta providencia, dado que al permitir una tasa de reemplazo mayor a aquella que le fue concedida por el a quo (75%), la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990 resulta más favorable para los intereses del pensionado, tal como se solicita en el recurso.

Es de anotar que, atendiendo al criterio adoptado por la Sala Mayoritaria, con fundamento en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia de Unificación 226 de 2019 proferida por la H. Corte Constitucional, expuestas en precedencia, si sobre alguno de los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994 cuya inclusión se ordena en el presente asunto no se efectuaron aportes la entidad no podrá realizar descuentos por dicho concepto en tanto este incumplimiento no es imputable al pensionado, posición que el Magistrado Ponente no comparte por las razones que se expondrán en el salvamento de voto parcial correspondiente.

- **De la prescripción trienal**

El *a quo* declaró prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de abril de 2009 argumentando que i) la prestación fue reconocida mediante Resolución No. 42860 del 20 de octubre de 2006, ii) la solicitud de reliquidación pensional fue presentada el 24 de agosto de 2007 y iii) la demanda fue radicada en la jurisdicción ordinaria laboral el 16 de abril de 2012, "transcurriendo más de tres años entre un hecho y otro".

Por su parte, el recurrente sostuvo que si bien presentó diferentes reclamaciones tendientes a obtener su reajuste pensional, debe entenderse por agotada la vía gubernativa solo hasta el **22 de abril de 2010**, momento en el cual fue notificado el último acto administrativo proferido por la entidad accionada y acusado en el presente asunto, esto es la Resolución No. 59325 del 14 de diciembre de 2009.

Descendiendo al caso de autos y atendiendo a los argumentos del recurrente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la **Resolución No. 042860 del 20 de octubre de 2006** le fue concedida la pensión de jubilación al demandante (fl. 15 a 17).
- A través de la **Resolución No. 15292 del 12 de abril de 2007** (fl. 18 a 20) se ingresó en nómina de pensionados y la mesada se incrementó a la suma de \$1'592.342, a partir del 31 de diciembre de 2006.
- El **24 de agosto de 2007** (f. 22 a 23), el demandante **solicitó la reliquidación de su pensión** con los siguientes requerimientos i) que se computen los sueldos devengados hasta diciembre de 2006, ii) que al IBC se le sumen los salarios obtenidos en las universidades no computados por el ISS, y iii) que a esa sumatoria, debidamente indexada, se le aplique una tasa de reemplazo del 90% por ser beneficiario del régimen de transición.
- Mediante la **Resolución No. 041495 del 12 de septiembre de 2008** (fl 24 a 26) se dispuso reliquidar la prestación en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que el IBL se determinó con el promedio de los 10 últimos años, actualizado conforme al IPC y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994. Respecto del monto, se indicó que tras efectuar un descuento por 2.333 días laborados de forma simultánea, la tasa de reemplazo correspondiente al demandante es de **74.76%**.

Por tanto, se modificaron los actos administrativos anteriores y se ordenó el reconocimiento pensional en los términos mencionados, estableciendo como valor de la mesada la suma de \$1'674.447.

- El 23 de julio de 2009 (f. 205), el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, en tanto no le fue incluida en la nómina del mes de junio.

- Mediante la **Resolución No. 59325 del 14 de diciembre de 2009** (fl. 27 a 29) se reajustó nuevamente la prestación, bajo el argumento de que el accionante adquirió el estatus pensional en los términos de la Ley 100 de 1993 el 12 de noviembre de 2005, es decir con posterioridad a la publicación del Acto Legislativo 001, "motivo por el cual con esta Ley no tendría derecho a la mesada 14". Por tanto, la mesada pensional se disminuyó a la suma de \$1'592.342. Dicho acto administrativo fue notificado el 22 de abril de 2010.
- La demanda fue radicada inicialmente en la Jurisdicción Ordinaria Laboral el **16 de abril de 2012**.

Ahora bien, respecto a la prescripción de mesadas pensionales y la norma que regula dicho fenómeno, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*La Subsección B de la Sección Segunda en sentencia de 27 de agosto de 201513 expuso:*

*"El Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el artículo 41 sobre la prescripción de los derechos dispone:*

*{ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual}.*

*La norma en comento señala que las acciones que surjan de los derechos de los trabajadores o empleados pueden prescribir si no se reclaman oportunamente esto es dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad. Y agrega la norma que el reclamo escrito del empleado o trabajador ante la respectiva autoridad competente interrumpe ese término por una sola vez y por el mismo tiempo.*

*El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, en el artículo 102 dispone lo siguiente sobre la prescripción:*

*{ARTÍCULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.}*

***Las dos disposiciones consagran las condiciones que se deben cumplir para que los derechos que tienen origen en ellas prescriban si no se presenta reclamación por escrito ante la entidad o empresa obligada al reconocimiento. Como plazo perentorio se señaló 3 años que se contabilizan a partir de que la obligación es exigible."***

*Por su parte la Subsección A en sentencia de 2 de julio 201514 dijo:*

*(...)*

*De lo anterior se concluye, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa.*

***Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno***

*prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo. (Negrilla fuera del texto)*<sup>21</sup>.

En tal virtud, considera la Sala que no le asiste razón al recurrente al afirmar que la prescripción debe contabilizarse desde la notificación del último acto administrativo acusado, toda vez que conforme a la jurisprudencia en comento, desde que la obligación se hizo exigible, el término prescriptivo se interrumpe por una sola vez **con la correspondiente reclamación de reliquidación** y por tanto, el interesado cuenta con tres años para demandar el reconocimiento del derecho, so pena de que se configure dicho fenómeno.

En el presente caso se observa que tal como se estableció en primera instancia, i) la pensión de jubilación fue reconocida Mediante la **Resolución No. 042860 del 20 de octubre de 2006**, y se hizo efectiva a partir del 31 de diciembre de 2006, ii) la solicitud de reliquidación pensional fue presentada por el accionante el **24 de agosto de 2007**, actuación que interrumpió la prescripción de las mesadas pensionales por el término de 3 años, esto es, hasta el 24 de agosto de 2010. Sin embargo, se tiene que la demanda fue radicada en la Jurisdicción Ordinaria Laboral solo hasta el **16 de abril de 2012**, momento en cual se encontraba configurado el fenómeno prescriptivo en los términos indicados por el *a quo*.

#### **5.4.1. Conclusión**

Atendiendo a los términos planteados en el recurso y conforme a lo acreditado en el proceso, se impone a esta Corporación modificar el numeral 2° de la sentencia proferida en primera instancia, correspondiente al restablecimiento del derecho ordenado por el *a quo*, ello con el fin de indicar que la reliquidación pensional del señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO debe efectuarse en los términos expuestos en esta providencia y no como allí se estableció.

De igual forma, se confirmarán los demás numerales de proveído recurrido, teniendo en cuenta que no fueron controvertidos por las partes.

#### **5.4.2. Costas en segunda instancia**

De otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

<sup>21</sup> Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación No. 150012333000201300718 01 (1218-2015). Actor: María Consuelo del Pilar Barrera Rossi Demandado: CAJANAL hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

**RESUELVE**

**PRIMERO.- MODIFICASE el numeral 2° de la sentencia proferida el 30 de mayo de 2014, por el Juzgado Once (11) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el cual quedará así:**

**SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reliquidar y pagar las mesada pensionales no prescritas de la pensión de jubilación del señor FABIO BURITICÁ TRUJILLO, identificado con cédula de ciudadanía 4.327.498 de Manizales, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, esto es, con el 90% del promedio de salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento del derecho, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, y a pagarle la diferencia que resulte entre la nueva liquidación y lo ya cancelado, haciendo el correspondiente reajuste.**

*La reliquidación anterior debe efectuarse desde el 31 de diciembre de 2006, fecha de retiro del servicio, pero con efectos fiscales a partir del 16 de abril de 2009 en adelante por prescripción trienal.*

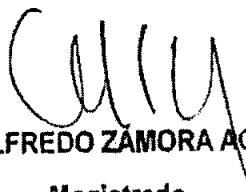
*Es de anotar que en el evento en que sobre alguno de los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994 y percibidos por el demandante no se hubieren efectuado aportes, la entidad no podrá realizar descuentos por este concepto al pensionado.*

**SEGUNDO. - Sin condena en costas, en la instancia.**

**TERCERO. - En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección devuélvase el proceso al juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias que correspondan**

**Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



**LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

Magistrado  
**Salvo voto parcial**



**PATRICIA SALAMANCA GALLO**

Magistrada



**BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS**

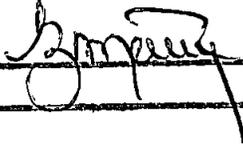
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA (2)  
CONSTANCIA DE FIJACIÓN  
EDICTO 17

Bogotá, D.C. 8 OCT. 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

**Radicación:** 11001-33-35-028-2012-00152-01  
**Demandante:** FABIO BURITICÁ TRUJILLO  
**Demandado:** INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGURO SOCIAL hoy-  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES  
**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con el respeto acostumbrado, procede el suscrito a manifestar las razones que lo llevan a apartarse parcialmente del criterio adoptado por la Sala Mayoritaria, referente a que si sobre alguno de los factores salariales cuya inclusión se ordenó en el presente asunto no se efectuaron aportes, la entidad no podrá realizar descuentos por dicho concepto en tanto este incumplimiento no es imputable al pensionado.

Resulta conveniente recordar que en anteriores oportunidades<sup>1</sup>, se había dado aplicación a la regla de unificación jurisprudencial sentada por el H. Consejo de Estado en providencia proferida el 28 de agosto de 2018, según la cual "los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones", tesis que tornaba en improcedente ordenar reliquidaciones pensionales con fundamento en emolumentos sobre los cuales, pese a ser factores legales o reglamentarios de cotización, el empleador no efectuó aportes.

Sin embargo, en sentencia SU-226 de 2019, la H. Corte Constitucional señaló que "[e]l incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional (...)"<sup>2</sup>.

En el proveído en comento, el Alto Tribunal constitucional insistió en que "sobre el trabajador, bajo ninguna circunstancia, pueden recaer los efectos negativos de las omisiones en que incurran el empleador o la entidad administradora correspondiente"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto ver:

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", Sentencia de 12 de julio de 2019, Expediente núm. 110013342055-2016-00321-01, M.P. Dra. Patricia Salamanca Gallo.

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", Sentencia de 12 de julio de 2019, Expediente núm. 110013342056-2016-00053-01, M.P. Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-226 de 23 de mayo de 2019, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

645

Siendo ello así, y de acuerdo con el valor jurídico reconocido a las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional<sup>4</sup>, se advirtió que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 por parte del empleador, referentes a los deberes de descontar, aportar y trasladar el monto de las cotizaciones a las entidades administradoras de pensiones, no puede tenerse como un asunto oponible al trabajador, y por ende, no constituye óbice alguno para que este reclame el reajuste de su pensión con fundamento en los factores que constituyen la base legal y reglamentaria de liquidación de la prestación.

En consecuencia, en sentencia proferida el 4 de octubre de 2019<sup>5</sup>, la Subsección consideró necesario cambiar la posición que venía sosteniendo sobre el particular, y en armonía con los postulados consignados en la sentencia SU-226 de 2019, dispuso adoptar y concretar la subregla de interpretación normativa que aplicó desde ese momento, consistente en entender que, si las pensiones deben ser liquidadas únicamente con inclusión de todos los emolumentos que constituyen factores legales o reglamentarios de cotización al sistema, en aquellos casos en que el empleador no haya efectuado cotizaciones sobre estos, se impone ordenar el reajuste pensional respectivo, junto con el pago de las diferencias dinerarias no prescritas resultantes.

No obstante, la Sala Mayoritaria interpretó que la aplicación de dicha la regla interpretativa no implica la práctica de descuento alguno sobre los dineros que deban ser reconocidos al trabajador. Esta posición se fundó además en el inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"[e]l empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador"*, norma a partir de la cual consideró que la obligación de aportar al sistema, en cabeza de aquellos ex servidores que se benefician de una reliquidación pensional dispuesta por vía judicial, desaparece del mundo jurídico cuando no se hubiere aportado sobre la totalidad de factores que componen el ingreso base de cotización.

Para el suscrito dicho entendimiento no resulta atendible, teniendo en cuenta que, desde antaño, el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 determinó que *"[c]uando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios"*.

Esa disposición guarda un doble propósito, pues por una parte, garantiza el derecho de los trabajadores a obtener una liquidación justa de sus pensiones, de acuerdo con los factores legales y reglamentarios de cotización; y por otra, promueve la protección del erario y la sostenibilidad financiera del sistema, bajo un modelo de retención del valor de los aportes

<sup>4</sup> Al respecto ver:

- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 816 de 1° de noviembre de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-226 de 25 de julio de 2019, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 29 de noviembre de 2017, Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-01231-01, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 31 de julio de 2017, Expediente núm. Cuéter11001-03-15-000-2017-01545-00, M.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>5</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", Sentencia de 4 de octubre de 2019, Expediente núm. 250002342000-2016-04330-00, M.P. Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta.

646

impagados cuando fuere procedente ajustar la cuantía de una determinada mesada pensional.

Para el efecto, considérese que el inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1993 no constituyó extinción alguna de la obligación de los trabajadores de efectuar aportes al sistema en los montos y cuantías establecidos en el ordenamiento jurídico, pues el objetivo de esa previsión fue establecer un régimen de responsabilidad en cabeza de los empleadores que incumplen sus obligaciones, que redundaba en la protección de los derechos pensionales de sus empleados en aquellos eventos en los cuales esas omisiones, eventualmente pudieran impedir el acceso a las prestaciones, como por ejemplo, cuando por cuenta de la falta de aportes el trabajador no haya podido completar las semanas mínimas de cotización necesarias para tener derecho legal a una pensión.

Así mismo, debe decirse que la finalidad del inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1993 se encuentra íntimamente relacionada con la gestión efectiva de las acciones de cobro previstas en el artículo 24 *ejusdem* por parte de las entidades administradoras del sistema, y en tal virtud, hace posible el recaudo de los aportes que adeuden los empleadores omisos o inexactos, apartando de ese trámite y de sus incidencias a los trabajadores.

Entonces, la reliquidación o ajuste de una prestación pensional por cuenta de factores no considerados a la hora de reconocer el derecho constituye un asunto sustancialmente distinto al que pretende proteger el inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, pues en este tipo de situaciones la causación del derecho pensional, en sí mismo considerado, no se encuentra en peligro, y nada obsta para que, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, y de acuerdo con el régimen obligacional y distribución de las cotizaciones, el pensionado que se va a beneficiar de un alza en la cuantía de su mesada pensional como resultado final de un proceso judicial, cumpla con la carga que le incumbía cuando fungía como cotizante dependiente, a través de la retención de los dineros que correspondan.

Dicha solución, según mi convencimiento, es la que mejor expresa y garantiza la efectividad de los principios, objetivos, obligaciones y derechos propios de nuestro sistema pensional, a partir del desarrollo de aquel orden político, económico y social justo que promueve nuestra Constitución.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones por las cuales salvo parcialmente mi voto en el presente proceso.

  
**LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**  
Magistrado

OCT 2 '20 PM 4:03