



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 025 / 16

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EL DERECHO
RADICACION	13-001-33-33-2013-00290-00
DEMANDANTE	EDITH GUERRERO JURADO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)
ASUNTO	RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION POR INCLUSION DE NUEVOS FACTORES SALARIALES

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a través de apoderado, promovido por la señora EDITH GUERRERO JURADO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

De forma principal:

Se declare la nulidad del acto ficto o presunto generado por el silencio de la administración ante la petición de fecha 9 de febrero de 2011, por parte del Instituto de Seguros Sociales (ISS)

Que se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez de la demandante teniendo como índice base de liquidación los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con la Ley 33 de 1985, desde la fecha en que le fue reconocida la pensión y se ordenó el pago de la primera mesada.

Que se ordene pagar las diferencias resultantes favorables a la demandante desde el inicio del pago de la primera mesada y hasta que se haga efectivo el pago con los incrementos de ley y de manera indexada.

Que se condene en costas.

De forma subsidiaria:

Solicita la demandante que se declare la nulidad de la Resolución No. 00000239 del 18 de enero de 2011, emanada del Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Colpensiones, mediante la cual el ISS, confirmó la Resolución N° 11052 del 23 de junio de 2008, que reconoció la pensión de jubilación a la demandante.

Que se ordene la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, desde la fecha en que fue reconocida y se ordenó el pago de la primera mesada pensional, incluyendo dentro del IBL el salario cotizado durante los últimos 10 años declarados por el empleador con posterioridad al reconocimiento de la pensión.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

2

Que se ordene pagar las diferencias resultantes favorables a la demandante desde el inicio del pago de la primera mesada y hasta que se haga efectivo el pago con los incrementos de ley y de manera indexada.

Que se condene en costas.

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

Que mediante la Resolución N° 011052 de 2008 el Instituto de Seguros Sociales (ISS), reconoció y pagó pensión de vejez a la señora Edith Guerrero Jurado.

Que la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por lo tanto tiene derecho a que se le aplique el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985 en su totalidad, y no parcialmente como lo hizo la entidad demandada, ya que no se tuvo como IBL el salario devengado el último año de servicio, si no el promedio de lo devengado en los últimos diez años, es decir \$853.417.

Que de haber aplicado lo ordenado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la demandante hubiera tenido un IBL de \$1.082.458 y por ende una mesada de \$811.843 y no de \$640.063.

Que adicional a todo lo anterior, tampoco se tuvieron en cuenta todos los salarios devengados por la demandante, toda vez que la ESE Hospital Universitario de Cartagena no reportó a tiempo varias cotizaciones que fueron pagadas al ISS el día 15 de julio de 2008, casi un mes después del reconocimiento de la pensión de la demandante.

Que la demandante solicitó al ISS en dos ocasiones, que procediera a revisar y reliquidar su pensión, de las cuales mediante la Resolución N° 00239 de 18 de enero de 2011 se resolvió la primera de ella y hasta la fecha no se ha resuelto la segunda presentada el día 9 de febrero de 2011.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante no realiza una relación precisa de las normas que considera violadas, sin embargo de los hechos relatados se puede identificar como violadas la Ley 33 de 1985 y artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En cuanto al concepto de la violación, manifiesta la parte demandante que la señora Edith Guerrero Jurado obtuvo su pensión de vejez en el año 2008, pero que a esa fecha la entidad donde laboraba, la ESE Hospital Universitario de Cartagena, no había cancelado la totalidad de los aportes que debió cotizar al momento del reconocimiento, por lo que se vio afectado su ingreso base de liquidación.

Sostiene que el IBL aplicable a la demandante para el reconocimiento de su pensión, por ser beneficiaria del régimen de transición, es el consagrado en la Ley



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

3

33 de 1985, lo que equivale al promedio de lo devengado en el último año de servicio, además que la norma que escoja debe ser aplicable en su totalidad. Considera que el régimen de transición consiste en que se le respeten las condiciones de edad, tiempo y monto a las personas beneficiarias y que se les aplicarán para dichos conceptos las disposiciones del régimen al cual se encontraba afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que de acuerdo al principio de inescindibilidad, se le debe aplicar la norma de manera integral, sin la posibilidad de liquidar la pensión aplicando edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior y el IBL del nuevo régimen.

De igual forma la parte demandante transcribe apartes de la sentencia T-430 de 2011 de la Corte Constitucional, que trata del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada Colpensiones presentó contestación de la demanda, dentro del término (fls. 113-118), oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, por cuanto manifiesta que carecen de fundamento legal y factico, porque no se ha vulnerado ningún derecho.

También pone de manifiesto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que estipulan los requisitos para acceder a la pensión estando en el régimen de transición.

Señala además, que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, aquellas personas que al 1º de abril de 1994 cumplían alguna de las condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante:

La parte demandante presenta alegatos de conclusión dentro del término legal (fl. 167 - 168) y en ellos ratifica lo planteado en la demanda, concluyendo además que la pensión de jubilación debe ser regulada por la Ley 33 de 1985.

De igual forma, transcribe la sentencia del Consejo de Estado del 23 de febrero de 2012, en la que resalta lo expuesto por éste en el sentido que la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 resuelve incluir todos los factores devengados en el último año de servicio, para conformar la base de liquidación de la pensión de jubilación.

Parte demandada:

La parte demandada manifiesta que atendiendo a las consideraciones de Colpensiones, no le asiste el derecho a la demandante, por cuanto para el reconocimiento de pensión de jubilación se tuvieron en cuenta los requisitos que se deben cumplir para obtener dicho derecho, consistente en contar con el tiempo y la edad, de acuerdo con lo establecido en el régimen de pensiones y que a la



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

4

demandante por ser beneficiaria del régimen de transición, se le aplicó el régimen establecido para su caso particular.

Manifiesta que el régimen de transición permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma sean establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de 35 años mujeres y 40 años hombres o que indistintamente tuvieran 15 o más años de servicios.

Sostiene también que al momento de realizar las liquidaciones se toman en cuenta los factores salariales sobre los cuales el afiliado realizó los aportes, si no se tuvieron en cuenta todos los aportes salariales para efecto de la liquidación se debe ordenar que se efectúen los aportes sobre los factores salariales sobre los cuales no se tuvieron en cuenta para el ingreso base de cotización del demandante al ISS, hoy Colpensiones, en debida proporción por el periodo de tiempo que efectivamente los devengara y en forma actualizada.

Por último alega que el ingreso base de liquidación de la pensión de vez del régimen de transición, quienes al 1º de abril de 1994, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a dicha pensión, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. Que para los afiliados que esa fecha les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación se calculara de conformidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o siempre que tenga 1250 semanas o más cotizadas, el promedio de lo aportado durante toda su vida laboral si este fuere superior.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente trámite procesal.

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 14 de agosto de 2013 (fl. 1), luego de haber sido remitida de la jurisdicción ordinaria y sometida a reparto el mismo día (fl. 67), correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, la cual fue admitida mediante auto de fecha 22 de enero de 2014 (fls. 88-90).

El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 30 de mayo de 2014 (fl. 97-106). El 28 de octubre de 2014 se admitió la reforma de la demanda. (fl. 131-133). Mediante auto de fecha 8 de octubre de 2015 se fija el día 20 de enero de 2016 a las 2:00 p.m., para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.(fls. 1).

La celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, se llevó a cabo el día 24 de febrero de 2016 a las 10:35. En esta misma diligencia



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

5

se corrió traslado a las partes a fin de que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. (fl. 163)

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el Despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este Despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico radica en determinar si la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, en cuantía equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales recibidos durante ese período.

TESIS DEL DESPACHO

Encuentra el Despacho que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

MARCO NORMATIVO

Constitución Política de Colombia

Artículo 48. *La Seguridad Social es 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.*

(...)

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

¹ Ver C.E. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 3 de febrero de 2011, Rad. 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

6

(...)

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

(...)

Sobre el régimen pensional de transición

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° dispone:

“Artículo 1o. *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 2o. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales; actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3o. *En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”.*

Esta norma, en su artículo 3°, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. A su vez, esta disposición fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

“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 la 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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

7

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.”.

Posteriormente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

“Artículo 36 - . Régimen de Transición. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años 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 los 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. ...”.

Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicaría el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

En cuanto a cuál es el IBL que se debe tener en cuenta para efectos de la liquidación del monto de una pensión sometida al régimen de transición, debe advertirse que la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, determinó que “[a]unque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013² se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, **ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.**”

² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

8

Sin embargo, este Despacho no dará aplicación a la mencionada sentencia, sino que se atenderá a lo dispuesto por el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que en Sentencia de Unificación de fecha 25 de febrero de 2016³ fijó los alcances de la sentencia SU-230 de 2015 y expuso:

(...)

De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró cómo debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.

La sentencia en comento es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición e incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público⁴, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

(...)

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso"

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

- 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).- Radicación número: 25000234200020130154101 (4683-2013). Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON.

⁴ Extensión de jurisprudencia de 23 de abril de 2014, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, Exp No. 1100103250020120052800 (2035-2012)



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

9

- 2) *Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".*
- 3) *Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*
- 4) *La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.*
- 5) *Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.*

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad."

Sobre los factores salariales que deben liquidarse bajo el régimen pensional de la Ley 33 y 62 de 1985.

Respecto de las normas citadas, resulta necesario traer a colación la interpretación que realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia de



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

10

Unificación⁵, sobre los factores de liquidación pensional en el régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985:

*"En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, **también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.** La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito*

EL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio se pretende como pretensión principal, la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto ocasionado por el silencio negativo en relación con la solicitud de fecha 9 de febrero de 2011, por medio de la cual se solicitó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta para el índice base de liquidación los factores salariales devengados en el último año de servicio, en aplicación de la Ley 33 de 1985.

Además que se ordene a la demandada reliquidar la pensión de vejez de la demandante Edith Guerrero Jurado, teniendo como IBL los factores salariales devengados durante el último año de servicio de, conformidad con la Ley 33 de 1985, y que las diferencias que resultaren favorables se paguen desde el inicio de pago de la primera mesada pensional y hasta que se haga efectivo el pago, debidamente indexado.

En consideración a las anteriores pretensiones, procede el Despacho a estudiar el caso concreto, y para ello vale anotar que de acuerdo a la normatividad y la

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

11

jurisprudencia señalada en el capítulo marco normativo de la presente providencia, se puede aseverar que las personas que han cumplido los requisitos indicados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se encuentran amparadas por el régimen de transición y, por ende, se les debe aplicar lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 para efectos del reconocimiento de la pensión, no sólo ordenándoles la liquidación en relación con los factores salariales sobre los cuales se efectuó aportes, sino también aquellos que teniendo el carácter salarial no se hizo el respectivo descuento, pues como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, es legalmente viable que en sede judicial se ordene dicho descuento, sin que ello sea inconveniente para el reconocimiento de la prestación pensional, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Acorde con lo anterior, queda claro que a aquellas personas que les sea aplicable la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad, para la correspondiente liquidación de la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el servidor o empleado como contraprestación por sus servicios, a menos que se trate de algunos factores que expresamente hayan sido excluidos por la ley.

Del caudal probatorio aportado al proceso, se puede observar que la Resolución No. 011052 del 23 de junio de 2008, emanada del Instituto de Seguros Sociales (ISS)⁶, por medio de la cual se reconoce la pensión de vejez de la señora EDITH GUERRERO JURADO, acepta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, en virtud del cual, el reconocimiento de la pensión es viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto que en el régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable, contenido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, hecho sobre el cual no existe discusión. Con fundamento en ello, se sostuvo que cumplió los requisitos de tiempo y edad para acceder al derecho el día 24 de febrero de 2008.

De las certificaciones de fecha 12 de julio de 2007, expedidas por la Secretaría de Hacienda Departamental de Bolívar⁷, se infiere que la demandante prestó sus servicios a esa entidad entre el 1º de diciembre de 1975 hasta el 30 de abril de 1976 en el cargo de Recepcionista Clínico, y entre el 1º de mayo de 1976 hasta el 22 de agosto de 2003, ocupando el cargo de Secretario Ejecutivo, y que devengó durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2002 al 22 de agosto de 2003, los siguientes factores salariales: sueldo mensual, prima de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral.

Ahora bien, aunque en la Resolución N° 011052 del 23 de junio de 2008, emanada del Instituto de Seguros Sociales (ISS), por medio de la cual se reconoce la pensión de vejez de la señora EDITH GUERRERO JURADO, no se señala expresamente cuáles fueron los factores salariales que se tuvieron en cuenta por la entidad para liquidar la pensión de la demandante, y que en el informe rendido por el Gerente Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES (fl. 153-154), este funcionario sobre tal tópico se limita a transcribir el contenido de la mencionada resolución; del valor de la mesada reconocida y de los certificados salariales, se puede establecer

⁶ Ver folios 9 - 13 del expediente.

⁷ Ver folios 22-29 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

12

que la pensión de jubilación de la demandante no fue liquidada con el promedio de la totalidad de los factores devengados durante el último año en el cual prestó sus servicios laborales, es decir entre el 22 de agosto de 2002 y 22 de agosto de 2003.

De igual forma se puede establecer del contenido de la resolución antes mencionada, que para determinar el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir el promedio de lo devengado durante los últimos diez años.

Visto lo anterior, y de conformidad con las directrices jurisprudenciales trazadas por el Honorable Consejo de Estado, reiteradas recientemente mediante la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, con referencia 4683-2013, considera el Despacho que en el caso particular, a la demandante le asiste el derecho a que su pensión de vejez le sea reliquidada teniendo en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió durante el último de servicio, por disposición de la Ley 33 de 1985.

En tal virtud, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo presunto negativo, derivado de la falta de respuesta a la petición elevada el 9 de febrero de 2011, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora EDITH GUERRERO JURADO, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales por ella devengados durante el último año de servicio.

En consecuencia, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la pensión de vejez de la demandante, incluyendo la totalidad de los factores salariales por ella devengados durante el último año de servicio, toda vez que se pudo establecer que el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), no los tuvo en cuenta para efectuar la liquidación de su pensión de vejez, es decir, los correspondientes a: sueldo mensual, prima de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral, procediendo además a descontar del monto total a pagar a la pensionada, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia, en caso que ello no se hubiere hecho.

Sea la oportunidad para mencionar, que en relación a los factores salariales correspondientes a la prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, se reconocen y pagan al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de estos factores para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 8 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06486-01(1306-06), Actor: Gema Neila Acevedo González.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

13

Ahora, en cuanto a la pretensión de que se reconozcan intereses moratorios, se denegará en la medida en que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993⁹ no contempla el reconocimiento de dichos intereses para la reliquidación de pensiones, sino para cuando se trate del reconocimiento mismo de la prestación.¹⁰

Sobre la prescripción de mesadas

Ahora bien, frente a la prescripción de mesadas, observa este Despacho que la petición elevada por la demandante ante la entidad demandada Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Colpensiones¹¹, en donde le solicita la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de nuevos factores salariales, fue presentada el 9 de febrero de 2011 (fl. 16), circunstancia que permite establecer que dicha petición interrumpió la prescripción por tres años, es decir de allí hacia atrás corren tres años, luego lo que está por fuera de esos tres, ha prescrito, es decir, que a partir del 9 de febrero de 2008 ha operado la prescripción trienal de las mesadas causadas antes de esa fecha.

Así las cosas, se ordenará a Colpensiones reconocer y pagar a la demandante las diferencias entre lo que se ha pagado en virtud de la Resolución N° 011052 del 23 de junio de 2008, emanada del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la mesada pensional reliquidada en esta sentencia, pero con efectos fiscales a partir del 9 de febrero de 2008.

Ajuste al valor

La reliquidación que por esta providencia se reconoce tendrá los reajustes de ley y los descuentos a que hubiere lugar.

Así mismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor, mes por mes, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

⁹ ARTICULO. 141. -Intereses de mora. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 27 de junio de 2012, MP. Drs. CARLOS MOLINA MONSALVE – FRANCISCO RICAURTE GOMEZ, RAD.: 42785.

¹¹ Ver folios 16-17 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

14

Intereses

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se pagarán intereses.

Cumplimiento de la sentencia

La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 del CPACA profiriendo decisión motivada contra la cual procedan los recursos de ley y evitando, hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Sobre la condena en costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, talos como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho se abstendrá de condenar en costas, pues las pretensiones de la demanda han prosperado de manera parcial en la medida en que algunas prosperan, pero el Despacho denegará lo relacionado con la pretensión del pago de los intereses de mora.

Sobre el remanente de los gastos ordinarios del proceso

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte¹², a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales

¹² Ver folios 42-43 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

15

equivalen a la suma de suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$23.800.00) m/Cte.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto ocasionado por el silencio administrativo frente a la petición del 9 de febrero de 2011, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora EDITH GUERRERO JURADO, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), a la reliquidación de la pensión de vejez de la señora EDITH GUERRERO JURADO, identificada con la cedula 33.144.834, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados durante el último año de servicio (22 de agosto de 2002 a 22 de agosto de 2003): sueldo mensual, prima de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral, con efectos a partir del 9 de febrero de 2008.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Dónde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de vejez cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

TERCERO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia, en caso que ello no se hubiere hecho.

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
EDITH GUERRERO JURADO Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2013-00290-00

16

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.

SEPTIMO: Previa solicitud, devuélvase a la señora EDITH GUERRERO JURADO, identificada con la cedula 33.144.834, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Leidy Espinosa V.

LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST

Jueza