Consejo Superior de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 30 NOV 2016

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2015-0178-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. A N T E C E D E N T E S

1.1. La demanda:

JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.169.125 de Bogotá, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fls. 2)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones GNR 314761 de fecha 22 de noviembre de 2013, GNR 294546 de fecha 22 de agosto de 2014 y VPD 42679 de fecha 13 de mayo de 2015, proferidas por Colpensiones.

1.2.2. Que como consecuencia de lo anterior se declare que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 y como consecuencia se le liquide la pensión con el 75% del promedio del ingreso base de liquidación del último año de servicio, en donde además de la asignación mensual se le tenga en cuenta la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte.

1.2.3. Que así mismo y como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- le reconozca y le pague las diferencias pensionales que resulten entre la pensión reconocida y la que resulte como consecuencia de la pensión establecida en la Ley 33 de 1985, desde cuando el accionante tenga el derecho.

1.2.4. Que la liquidación de las anteriores condenas se efectúen mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia y se ajusten de acuerdo al I.P.C desde cuando se generen y hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia si hay lugar a ello.

1.2.5. Que para el cumplimiento de las condenas se ordene dar aplicación al artículo 192 y 195 del CPACA.

1.2.6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 2-4):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el señor Javier Hernando Duran Niño nació el día 06 de diciembre de 1952, y laboró en las siguientes entidades y por los siguientes periodos de tiempo: (i) Al servicio de la Gobernación de Casanare del 02 de julio de 1979 al 30 de diciembre de 1979, (ii) Al servicio de la Gobernación de Boyacá del 12 de agosto de 1980 al 26 de agosto de 1981, (iii) Al servicio de la Industria Licorera de Boyacá del 03 de agosto de 1981 al 31 de diciembre de 1995, y (iv) Al servicio de la Gobernación de Boyacá desde el 04 de abril de 2005.

1.3.2. Que Colpensiones mediante Resolución GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, le reconoció la pensión al demandante de conformidad con la Ley 71 de 1988 a partir del 01 de diciembre de 2013.

1.3.3. Que el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución anteriormente mencionada, con el objeto de que se le reconociera la pensión establecida en la Ley 33 de 1985, en donde se tuviera en cuenta además de la asignación mensual, la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y demás pagos efectuados durante el último año de servicio.

1.3.4. Que Colpensiones mediante Resolución GNR 294546 del 22 de agosto de 2014, resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar la Resolución GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013.

1.3.5. Que Colpensiones mediante Resolución VPB 42679 del 13 de Mayo de 2015 resolvió el recurso de apelación, modificando la Resolución GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013 en el sentido de reconocerle la pensión al demandante de conformidad con la Ley 797 de 2003, y señaló que el demandante por haber regresado al régimen de prima media cumple con la rentabilidad para conservar el régimen de transición pero no cumple con los 15 años o más de servicio al 01 de abril de 1994.

1.3.6. Que el demandante durante el año 2014, al servicio de la Gobernación de Boyacá, es decir del 01 de enero al 30 de diciembre de 2014, devengo: (i) asignación mensual $1.181.000, prima de servicios $1.181.000, prima de navidad $1.448.176, bonificación $590.500, subsidio de alimentación $570.612, auxilio de transporte $864.000

1.3.7. Que el demandante tramito la conciliación ante la Procuraduría 67 Delegada de Tunja, con el objeto de que se reliquidará la pensión por parte de Colpensiones, la cual fue declarada fallida el 04 de septiembre de 2015.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fls. 4 a 7):

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

- De orden Constitucional: artículo 53.

- De orden legal: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Decreto 1158 de 1994.

- Jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional.

Como concepto de la violación, se arguye que Colpensiones se equivoca al exigir que el demandante demuestre 15 años de cotización con antelación al 01 de abril de 1994, cuando es un servidor de orden territorial –ya que labora al servicio de la Gobernación de Boyacá-, por lo que de conformidad con las sentencias SU 062 de 2010 y SU 856 de 2013, se exige es 15 años de servicio al 30 de junio de 1995; requisito que cumple satisfactoriamente el demandante, ya que al sumar el tiempo laborado en la Gobernación de Casanare del 02 de julio de 1979 al 30 de diciembre de 1979, en la Gobernación de Boyacá del 12 de agosto de 1980 al 26 de agosto de 1981, en la Industria Licorera de Boyacá del 03 de agosto de 1981 al 30 de Junio de 1995, se determina que laboró 15 años, 04 meses y 29 días, tiempo que supera al establecido por la norma y señalado por la Corte Constitucional, por lo que es forzoso señalar que es beneficiario de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión, la cual debe liquidarse con el último año de servicio donde se le incluyan todos los factores salariales y emolumentos que ordinariamente devengaba, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015) y repartido de conformidad con acta individual de reparto del mismo día, tal y como se observa a folio 1 del expediente.

Posteriormente, mediante auto del veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015) –notificado mediante estado N° 36 del veintiséis (26) de noviembre de 2015, se admitió la demanda (fls. 48-49) y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 54 a 59 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 60), luego de lo cual se corrió traslado de excepciones de conformidad con el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A (Fl. 86)

Así, transcurrido tal término, mediante auto del cuatro (04) de mayo de 2016 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (fls. 90-91).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veintitrés (23) de mayo del año 2016, según consta en el acta que reposa de folios 93 a 99 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día catorce (14) de julio de 2016, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 130-132), diligencia en la que no fue posible la incorporación de todas las pruebas, razón por la cual se suspendió y se fijó nueva fecha para la reanudación de la audiencia de pruebas. Esta última se celebró el día primero (01) de agosto del año 2016 (fls. 142-143), en la cual se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda (fls. 61-70).

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, **la apoderada de la entidad demandada**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones perseguidas por el demandante debido a que, conforme a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el régimen de transición para garantizar la "expectativa legitima" de los afiliados, respeta los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, pero el Ingreso Base de Liquidación aplicable en cada caso, no es otro que el contenido en los artículos 21 y 36 (inciso tercero) de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, afirma que no es procedente ordenar la reliquidación de la pensión del accionante con base en las disposiciones normativas contempladas en la Ley 33 de 1985, toda vez que el accionante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) el 23 de febrero de 2009 y regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1º de junio de 2011, y quienes hagan dicho traslado no conservan el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ahora, si bien la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010 señalo que las personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ostentara más de 15 años de servicio o su equivalente en cotización, conservarían el régimen de transición en caso de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, lo cierto es que una vez consultada la base de datos "caso_rentabilidad_SU062", se encontró que el demandante si cumple con el cálculo de rentabilidad –pues así lo confirmo la gerencia de ingresos y egresos, con el número de radicación 2015_3705370-, sin embargo al consultar la historia laboral se encuentra que no cumple con el requisito de 15 años de servicio o semanas cotizadas antes del 1º de abril de 1994, por lo que el demandante no conserva el régimen de transición.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Copia de la Resolución Nº GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, mediante la cual la entidad accionada reconoce la pensión de Vejez al accionante, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2013 (Fls. 10-20).

✓ Copia de la Resolución Nº GNR 294546 de 22 de agosto de 2014, mediante la cual Colpensiones resuelve el recurso de reposición interpuesto por el accionante en contra de la resolución anteriormente mencionada, en el sentido de confirmarla en todas sus partes (Fls. 21-24).

✓ Copia de la Resolución Nº VPB 42679 de 13 de mayo de 2015, mediante la cual la entidad accionada resuelve el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la Resolución Nº GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, en el sentido de modificarla, para lo cual ordeno la reliquidación de la pensión de vejez del accionante (Fls. 25-32).

✓ Certificaciones Laborales expedidas por la Gobernación de Casanare, de fechas 06 de enero de 2015 y 25 de mayo de 2016, en donde consta que el demandante estuvo vinculado laboralmente en dicho ente territorial en el periodo de tiempo comprendido entre el 02 de julio al 31 de diciembre de 1979 en el cargo de Guarda rentas (fls. 33, 108)

✓ Certificaciones del salario base del demandante al 31 de diciembre de 1979, expedidas por la Gobernación de Casanare, de fechas 06 de enero de 2015 y 25 de mayo de 2016 (fls. 34, 109)

✓ Certificaciones de factores salariales devengados por el demandante entre julio a diciembre de 1979, expedidas por la Gobernación de Casanare, de fechas 06 de enero de 2015 y 25 de mayo de 2016 (fls. 35, 110)

✓ Copia del Certificado Laboral expedido por la Gobernación de Boyacá, de fecha 16 de mayo de 2008, en donde consta que el demandante estuvo vinculado laboralmente en dicho ente territorial en el periodo de tiempo comprendido entre el 12 de agosto de 1980 al 26 de agosto de 1981 en el cargo de Secretario (fl. 36)

✓ Certificación expedida por la Directora de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá el 01 de marzo de 2008, en la que consta que el demandante trabajo en la Industria Licorera de Boyacá por el periodo de tiempo

comprendido entre el 03 de agosto de 1981 al 31 de diciembre de 1995, en el cargo de Auxiliar de Archivo. (Fl. 37).

✓ Certificaciones expedidas el 26 de enero y 18 de febrero de 2015 por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, en la que consta que el demandante labora al servicio de la Administración Central de dicho ente territorial en provisionalidad desde el 04 de abril de 2005 en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 02, así mismo certifica los factores salariales devengados por el accionante durante el año 2014. (Fl. 38-39).

✓ Copia autentica del registro civil de nacimiento del accionante (Fl. 40).

✓ Copia de la cedula de ciudadanía del demandante (Fl. 41).

✓ Reporte de semanas cotizadas en pensiones por los empleadores a favor del demandante del periodo comprendido entre el 06 de noviembre de 1974 al 27 de enero de 2016, expedido por Colpensiones (Fls. 71-80).

✓ CD que contiene en medio magnético la carpeta administrativa del accionante que obra en los archivos de la entidad accionada (fls. 81, 128)

✓ Copia del Decreto Nº 000795 de 29 de Junio de 1995, mediante el cual Departamento de Boyacá adopta el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos nivel Departamental a partir del 30 de junio de 1995 (Fls. 100-102).

✓ Oficio de fecha 25 de mayo de 2016, expedido por la Directora de Talento Humano de la Gobernación de Casanare, en el que se informa al Despacho que revisados los archivos de la entidad se constató que el demandante laboro al servicio de la Administración Departamental desde el 02/07/1979 al 31/12/1979 desempeñando el cargo de Guarda Rentas (fl. 107)

✓ Certificación laboral expedida el día 26 de mayo de 2016 por el Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, en la que constan los nombramiento efectuados al demandante desde el 04 de abril de 2005 (fls. 113-114)

✓ Oficio de fecha 31 de mayo de 2016, mediante el cual Colpensiones informa al Despacho el trámite para efectuar el cálculo de rentabilidad por traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; así mismo informa que llevado a cabo el análisis del cálculo de rentabilidad del accionante, se observa que la rentabilidad generada en el fondo privado de pensiones, en la cuenta de ahorro individual del afiliado demandante, es igual o superior a la que debió mantener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida si hubiera permanecido en dicho régimen, por lo que no deberá pagar ningún valor adicional para acceder a la transición. (fls. 121-122)

✓ Copia del reporte extraído del aplicativo Bizagi-Colpensiones, en el cual se observa la respuesta al requerimiento interno Nº 2015_3705370, la cual consistió en que el demandante si cumple con el caculo de rentabilidad (fl. 123)

✓ Certificación expedida el día 09 de junio de 2016 por el Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, en la que consta que el demandante prestó sus servicios a dicho ente territorial desde el 12 de agosto de 1980 al 26 de agosto de 1981 (fl. 127)

✓ Certificación de los factores salariales devengados por el accionante durante los 10 últimos años de prestación del servicio (fls. 136-140)

2.3. Alegatos de conclusión.

2.3.1. Alegatos de la parte demandante (fls. 145-147):

La parte actora, en el término concedido para presentar sus escritos de alegatos de conclusión, manifestó que se encuentra probado que el demandante ha laborado en entidades del orden territorial, por lo que por ser servidor de orden territorial, la Ley 100 de 1993 se le aplica a partir del 30 de junio de 1995. Respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y C-258 de 2013, invocadas por la parte demandante, afirma que no le son aplicables al demandante, pues el régimen cuya constitucionalidad se definió en esta última sentencia, no puede extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen características de excepcionales ni privilegiados.

2.3.2. Alegatos de la parte demandada (Fls. 148 a 151):

En suma, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, insistiendo en que no es posible aplicar el ingreso base de liquidación establecido por la Ley 33 de 1985, ni sus factores salariales, ya que a la fecha se encuentra vigente la sentencia de la Corte Constitucional Nº C-258 de 2013, en la cual la Corte hace una análisis para determinar que en tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social en nuestro país, tales como el de universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad; posición jurídica esta que fue ratificada recientemente por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

III. C O N S I D E R A C I O N E S

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Cuestiones previas.-

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado[1].

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a estudiar el fondo del presente asunto, para lo cual se recordaran los problemas jurídicos planteados durante el trámite de la audiencia inicial, así:

3.3. Problemas Jurídicos a resolver:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución Nº GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, mediante la cual la entidad accionada reconoce la pensión de Vejez al accionante, y la nulidad total de la Resoluciones Nº GNR 294546 de 22 de agosto de 2014 y Nº VPB 42679 de 13 de mayo de 2015, mediante las cuales la entidad accionada resuelve los recursos de reposición y apelación interpuestos por el demandante; también se debe establecer si el señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO** tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios. Para resolver lo anterior, esta instancia abordará los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Qué régimen pensional le es aplicable a la pensión de vejez del señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO,** teniendo en cuenta su edad, tiempo de servicio y la expedición de la Ley 100 de 1993?;

---

[1] Ver el articulo 626

(ii) ¿La parte actora es beneficiaria de las excepciones previstas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985? y;

(iii) ¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de las leyes 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

3.4. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos planteados:

En orden a resolver los problemas jurídicos planteados, el Despacho hará un recuento de la normatividad aplicable al caso, para luego estudiar el caso concreto, dentro del cual se analizara el fenómeno de la prescripción de mesadas, el tema de los descuentos de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el ajuste al valor, los intereses y la condena en costas.

3.4.1. De la normatividad aplicable al caso:

Mediante el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, se ordenó la incorporación de los servidores públicos de la rama ejecutiva de todos los órdenes, tanto del sector central como el descentralizado, al Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, se expidió el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, el cual en su artículo 1º estableció los factores salariales base de liquidación de la pensión de jubilación de los empleados incorporados al Sistema General de Pensiones.

A pesar de que mediante la Ley 100 de 1993, se estableció un Sistema General de Pensiones, dicha ley también consagro en su artículo 36 inciso 2º, un régimen de transición que permitía a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema: a). Tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si eran hombres, o b). Quince (15) o más años de servicios cotizados, a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones (abril 1º de 1994 para servidores públicos del orden nacional y 30 de junio de 1995 para servidores públicos del

orden territorial[2]), optar por el régimen de pensiones anterior al cual se encontraban afiliados en cuanto a edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión.

Ahora, respecto al **alcance del régimen de transición**, debe manifestar el Despacho que actualmente hay dos tesis sobre este tema. La primera, expuesta por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, según la cual dado que la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 fijó -en abstracto- unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que éste último apenas consiste en un "beneficio" que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos para acceder a la pensión relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no para la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación -IBL-. En otras palabras, el legislador al expedir la Ley 100 señaló que el régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero respecto del ingreso base de liquidación, éste no había sido sometido a transición.

En contraposición de lo anterior, se encuentra otra tesis, expuesta por el H. Consejo de Estado, con una tendencia más constante, reiterativa y a juicio del despacho mejor consolidada, según está los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a los cuales se les aplica la ley 33 de 1985, tienen derecho a que se reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales que haya recibido el trabajador en forma habitual -en su último año de servicios-, dado que la aplicación del régimen de transición cobija -de forma inescindible- (i) la edad, (ii) el tiempo de servicio, (iii) el monto de la pensión y (iv) la base salarial de liquidación, según dicha Corporación, es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, y agrega que si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

---

[2] **Ley 100 de 1993, ARTICULO. 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 1994. 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.
PARAGRAFO. -El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

En este sentido se pueden ver, entre otras, las siguientes sentencias:

(i) Consejo de Estado, Sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Consejeros Ponentes: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro.

(ii) Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Nº de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

(iii) Sentencia del 26 de agosto de 2010, Consejo Estado, Subsección "B" de la Sección Segunda, Nº de radicación 15001-23-31-000-2005-02159-01 (1738-2008)

(iv) Sentencia del 02 de julio de 2015, Consejo Estado, Sección primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Rad. 25000-23-42-000-2013-04281-01

Así las cosas, el Despacho aclara que acoge la segunda de las tesis expuesta por el H. Consejo de Estado, por las siguientes razones:

1. En la Sentencia C-258 de 2013, el Tribunal Constitucional señaló que en esa decisión no se abordaba la constitucionalidad de otros regímenes pensionales diferentes al especial de los Congresistas, es decir que no fue objeto de estudio el previsto en la Ley 33 de 1985, como se infiere del Fallo, y por ende no puede aplicarse en forma automática a los demás casos, según el siguiente texto:

> *"En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto,* ***en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas****, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros . En consecuencia,* ***lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.*** *(...)"*

Lo anterior, fue reiterado por el H. Consejo Estado en providencia del 02 de julio de 2015, en la cual dicha Corporación fijó el alcance de la sentencia C-258 de 2013, veamos:

> *"Para reforzar estos argumentos, la Sala considera pertinente citar la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación, que, de manera pacífica ha establecido los sujetos pasivos de la aplicación de la sentencia C-258 de 2013.*
> *(...)*
> *"Resulta de vital trascendencia señalar que* ***la Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, cuando analizó de manera detallada el contenido del artículo 17 de la ley 4ª de 1992 a la luz de las distintas interpretaciones judiciales, fue clara en señalar que las decisiones adoptadas y las consideraciones realizadas en la misma, se aplican respecto al régimen pensional previsto en él, y no pueden extenderse de manera general a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas****, por el carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad, y en atención a las características de cada régimen, que impiden extender automáticamente las consideraciones realizadas frente a uno u otro.*
> *(...)*
> *En efecto, la sentencia señaló que el análisis de constitucionalidad que se llevó a cabo se circunscribió al "régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros". Y en ese orden, la decisión no puede extenderse, a otros regímenes especiales o exceptuados, como al estudiado en el caso sub lite.*
> *(...)*
> *- El objeto de la sentencia está enfocado únicamente en las pensiones "causadas" a favor de los congresistas, después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, con base en el régimen del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.*
> *(...)*
> *– En consecuencia, las órdenes dadas en la sentencia únicamente rigen para las pensiones de congresistas, cuya pensión se causó después del 31 de julio de 2010, con base en el régimen del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.*
>
> *En otras palabras, la sentencia no debe aplicarse o hacerse extensiva a regímenes pensionales especiales diferentes al de congresistas, respecto de los factores de liquidación para el reconocimiento de la pensión, pues ésta se regirá por el régimen especial en el que se causó el derecho.[3]"*

Bajo ese orden de ideas, lo que encuentra esta instancia es que la Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, realizó una interpretación de la sentencia de exequibilidad dándole un alcance que ésta nunca no otorgó, en tanto en ella se

---

[3] Sentencia del 02 de julio de 2015, Consejo Estado, Sección primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Rad. 25000-23-42-000-2013-04281-01

indicó de forma clara y certera que sus consideraciones no tendrían alcance respecto de los demás regímenes pensionales, los que por sus especiales connotaciones merecían un estudio particular; y esto es así dado que por ejemplo con las pensiones que revisa esta instancia existe una amplia diferencia frente a las pensiones reconocidas a Congresistas y Magistrados de las Altas Cortes, en tanto que estas son de cuantía alta mientras que las primeras por lo general no superan los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Así mismo, ante la dicotomía que se presenta entre las sentencias C-258 de 2013 y, SU-230 de 2015, el Despacho considera pertinente optar por aplicar la ratio decidendi de la primera mencionada, dado que las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional tienen efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, **los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución[4].**

3. En este mismo sentido, el Despacho no puede aplicar el pronunciamiento recogido por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 230 de 2015 a los casos que analiza esta jurisdicción, pues el caso estudiado en dicha providencia de unificación por la Corte Constitucional, recayó sobre una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, que a su vez, había estudiado el caso de la reliquidación de una pensión de un trabajador oficial del Banco Popular; es decir, los fundamentos fácticos allí estudiados difieren de los expuestos dentro de los asuntos que aquí se estudian.

4. Nuestro órgano de cierre es el Consejo de Estado, el que como ya se indicó, sobre el tema en análisis desde el año 2010, emitió una sentencia de unificación que se ha venido aplicando como es de conocimiento público de forma pacífica y

[4] Corte Constitucional sentencia C- 634 de 2011.

reiterativa, y sobre la cual la Corte Constitucional en su sentencia de unificación del año 2015, no expuso ninguna consideración. En este sentido, respecto a la obligatoriedad del precedente vertical es del caso recordar que la H. Corte Constitucional ha expuesto que los jueces deben seguir el proferido por el superior funcional de su respectiva jurisdicción, veamos los siguientes pronunciamientos:

> *"A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del* ***Consejo de Estado*** *es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política.* ***En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución*** *y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.*[5]*"*

> *"...4.9. Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales* ***que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango*** *sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurren necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.*[6]
>
> *(...)*
>
> *En esta perspectiva ha concluido la Corte que ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares,* ***o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía****, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia,* ***el Consejo de Estado*** *o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia.*[7]
>
> *En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular,* ***el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas****. En estos casos, la autonomía judicial se* ***restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.***[8] *En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.*[9]*"*
> *(Negrilla fuera de texto)*

---

[5] sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[6] Sentencia T-698 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[7] Sentencia T-934 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[8] Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[9] Sentencia T-446 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

5. Si bien la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, en la acción de tutela con radicado No. 11001-03-15-000-2016-00103-00 (AC), estableció un cambio de postura jurisprudencial en el sentido de que *"(...) La regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993"*, lo cierto es que dicha Sección que tiene como especialidad los temas de carácter Electoral se aparta del criterio que ha mantenido continuamente la Sección Segunda que conoce de temas Laborales; así que atendiendo a que la Sección Segunda del Consejo de Estado tiene un precedente, y es esta sección la que mantiene la especialidad del tema que se viene debatiendo, es este precedente el que debe el Despacho continuar acogiendo.

6. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia proferida el día 25 de febrero de 2016 reiteró que *"(...) 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 resolutiva 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"*

7. Por último, si bien la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación 427 de 2016[10], reitero lo señalado en la sentencia SU- 230 de 2015, lo cierto es que dicho pronunciamiento no es aplicable al caso concreto en la medida en que lo que hizo esa providencia fue unificar la procedencia de la acción de tutela y del recurso de

[10] Sentencia de unificación 427/2016, Corte Constitucional, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-5.161.230.

revisión establecido en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 para la revisión de las pensiones reconocidas con **abuso del derecho**, el cual se presenta cuando en el último año de servicio se genera un incremento significativo de los ingresos del pensionado que no corresponde con su vida laboral, lo cual no sucede en el caso aquí analizado, pues del certificado de factores salariales obrante en los folios 137 a 140 se observa que el demandante viene devengando los mismos factores salariales durante los últimos diez años de prestación de servicios, los cuales no han tenido un aumento desproporcionado en cada año. Lo anterior ha sido considerado de igual forma por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 23 de noviembre de 2016[11], en la que se analizó un caso de similares contornos al aquí estudiado, en esta se señaló:

> *"La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en las dos sentencias de unificación que antes se reseñaron, enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un* ***abuso del derecho*** *que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."*
>
> *Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario según se extrae del certificado de salarios (fls. 206 a 233 c1), los factores devengados por el demandante durante los últimos 10 años de su historia laboral, coinciden con lo que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, y se devengaron sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos."*

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el tema aquí debatido se encuentra que la interpretación según la cual, a los beneficiarios del régimen de transición en materia pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se les debe liquidar la mesada pensional sobre el Ingreso Base de Cotización calculado conforme a lo dispuesto en dicha norma, va en contra de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, especialmente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y de la sentencia del 25 de febrero de 2016, respecto de la forma como se debe calcular el IBL para quienes en virtud de la transición referida se les aplica el régimen contendido en la Ley 33 de 1985, que es el precedente judicial del Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente, este Despacho no se apartara de la línea jurisprudencial emitida por su superior

---

[11] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente: 15001 3333 004 **2014 00240** 01

jerárquico sino que continuara aplicando integralmente el régimen pensional anterior a quienes se beneficien del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, además tiene respaldo en pronunciamiento proferido recientemente por el Tribunal Administrativo de Boyacá[12] en el que se dijo:

> *"En suma, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está* ***confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción****, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados.*
>
> *Así pues, en casos de reliquidación de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tienen sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Ley 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia, deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el último año de servicios. En consecuencia, esta Sala está atada a estos criterios y no a los que hayan expuesto otras Cortes sobre esta materia.*
>
> *Al respecto, el Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación* ***como precedente jurisprudencial****, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamientos de unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del* ***órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa,*** *a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción.*
> *(...)*
> *Adicionalmente, se reitera, siguiendo los criterios de la Corte Constitucional que este Tribunal debe seguir la línea jurisprudencial de su funcional superior – Consejo de Estado –, Corporación que en múltiples ocasiones ha señalado que el régimen de transición debe aplicarse* ***integralmente****, y en tal condición los factores o IBL que le corresponden son los previstos en la Ley 33 de 1985 y no los establecidos en la Ley 100 de 1993.*
>
> *Las anteriores consideraciones es decir, el alcance* ***que la misma Corte Constitucional*** *dio a su Sentencia C-258 de 2013, los lineamientos que* ***esa Corporación*** *ha fijado en materia de precedentes verticales, el criterio reiterado del Consejo de Estado en relación con los factores que conforman la base de liquidación de las pensiones para quienes se encuentran en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y el contenido de la* ***Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado*** *el 4 de agosto de 2010, conducen a que esta Sala, en respeto a precedentes horizontales y verticales, mantenga el criterio de aplicación integral del régimen pensional anterior y de la interpretación, se reitera, que en sentencia de unificación del superior funcional se ha dado a los factores de liquidación a tener en cuenta para quienes gozan del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993."*

En consecuencia, se reitera, que este Despacho acoge la segunda de las tesis expuestas, según la cual el alcance el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

---

[12] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente N° 15001233300020140006900

cobija lo atinente a la i) edad, (ii) tiempo de servicio, (iii) monto de la pensión y (iv) la base salarial de liquidación, de conformidad con lo dicho por el H. Consejo de Estado.

Entonces existiendo claridad sobre el alcance del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se reitera que, en materia del régimen pensional en el sector oficial, el régimen inmediatamente anterior, el cual es aplicable a aquellas personas beneficiarias del mencionado régimen de transición es el contenido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Siendo así las cosas, a partir de la vigencia de la ley 33 de 1985 las pensiones de jubilación de los servidores del Estado de cualquier orden se liquidan en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Ahora, las dos normas anteriores establecieron la forma de liquidar las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden. No obstante lo anterior, dentro de la misma ley 33 de 1985, en su artículo 1º, se crearon dos excepciones en la aplicación de dicha normatividad: La primera excepción a dicha norma eran los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Por otro lado, la segunda excepción se presentaba bajo el marco de un régimen de transición, según el cual, si la persona contaba con más de quince (15) años de servicios a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, que entró a regir **el 13 de febrero de 1985**, tendría derecho a que se le aplicaran las normas de pensiones anteriores, en cuanto al requisito de edad, pero no para la liquidación de esta prestación; mientras que si contaba con veinte (20) años de servicio y se encontraba retirado al momento de entrar en vigencia la ley, cuando cumpliera la edad de cincuenta y cinco (55) años tendría derecho a que se le reconociera y pagara su pensión conforme a las disposiciones vigentes al momento del retiro.

Existiendo claridad sobre el alcance del régimen de transición establecido en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, veamos entonces, en materia del régimen pensional en el sector

oficial, cuál sería la normatividad aplicable a aquellas personas beneficiarios del mencionado régimen de transición.

Partiendo de la anterior premisa y al revisar la evolución de la normatividad pensional en el sector oficial, encontramos que el régimen inmediatamente anterior a la ley 33 y 62 de 1985, y del cual serían beneficiarios las personas que se encontraban dentro de las excepciones establecidas en el artículo 1 de la ley 33 de 1.995, para el caso de los servidores públicos, era el previsto en la ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966 y Decreto 1045 de 1978, por cuanto, las leyes 33 y 62 de 1985, derogaron el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, en lo atinente a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

3.3. El caso en concreto:

La parte actora arguye que Colpensiones se equivoca al exigir que el demandante demuestre 15 años de cotización con antelación al 01 de abril de 1994, cuando es un servidor de orden territorial –ya que labora al servicio de la Gobernación de Boyacá-, por lo que de conformidad con las sentencias SU 062 de 2010 y SU 856 de 2013, se exige es 15 años de servicio al 30 de junio de 1995; requisito que cumple satisfactoriamente el demandante, ya que al sumar el tiempo laborado en la Gobernación de Casanare del 02 de julio de 1979 al 30 de diciembre de 1979, en la Gobernación de Boyacá del 12 de agosto de 1980 al 26 de agosto de 1981, en la Industria Licorera de Boyacá del 03 de agosto de 1981 al 30 de Junio de 1995, se determina que laboro 15 años, 04 meses y 29 días, tiempo que supera al establecido por la norma y señalado por la Corte Constitucional, por lo que es forzoso señalar que es beneficiario de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión, la cual debe liquidarse con el último año de servicio donde se le incluyan todos los factores salariales y emolumentos que ordinariamente devengaba, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por su parte, **la entidad demandada** se opuso a todas las pretensiones de la demanda dado que, conforme a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el régimen de transición para garantizar la "expectativa legitima" de los afiliados, respeta los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, pero el Ingreso

Base de Liquidación aplicable en cada caso, no es otro que el contenido en los artículos 21 y 36 (inciso tercero) de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, afirma que no es procedente ordenar la reliquidación de la pensión del accionante con base en las disposiciones normativas contempladas en la Ley 33 de 1985, toda vez que el accionante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) el 23 de febrero de 2009 y regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1º de junio de 2011, y quienes hagan dicho traslado no conservan el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ahora, si bien la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010 señalo que las personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ostentara más de 15 años de servicio o su equivalente en cotización, conservarían el régimen de transición en caso de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, lo cierto es que una vez consultada la base de datos "caso_rentabilidad_SU062", se encontró que el demandante si cumple con el cálculo de rentabilidad –pues así lo confirmó la gerencia de ingresos y egresos, con el número de radicación 2015_3705370-, sin embargo al consultar la historia laboral se encuentra que no cumple con el requisito de 15 años de servicio o semanas cotizadas antes del 1º de abril de 1994, por lo que el demandante no conserva el régimen de transición.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas que se allegan al proceso, se encuentra (i) que **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, nació el día seis (06) de diciembre de 1952 (fls. 40-41); y (ii) Que laboró en los siguientes periodos de tiempo: a). En la Gobernación de Casanare desde el 02 de julio hasta el 31 de diciembre de 1979 (fls. 33); b). En la Gobernación de Boyacá desde el 12 de agosto de 1980 hasta el 26 de agosto de 1981 (fl. 36); c) En la Industria Licorera de Boyacá desde el 03 de agosto de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1995 (fl. 37); d). En la Gobernación de Boyacá desde el 04 de abril de 2005 hasta el 03 de junio de 2005, desde el 20 de junio al 02 de septiembre de 2005 y desde el 16 de septiembre de 2005 hasta la fecha de expedición de la certificación obrante a folios 113 a 114, esto es el 26 mayo de 2016 (fls. 113-114).

Siendo así las cosas ante el primer cuestionamiento referido a: **¿qué régimen pensional le era aplicable a la pensión de JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO,**

teniendo en cuenta su edad, su tiempo de servicio y la expedición de la ley 100 de 1993?; Debemos decir que atendiendo a; (i) Que el demandante labora y laboraba para el Departamento de Boyacá a la expedición de la Ley 100 de 1993, (ii) Que la Ley 100 de 1993 entró a regir el 30 de junio 1995 para los servidores públicos del Departamento de Boyacá, según se observa del Decreto N° 000795 del 29 de junio de 1995 (fl. 100), el cual fue expedido por dicha entidad territorial de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993[13], y (iii) Que **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO** contaba con 15 años, 4 meses y 17 días de servicios al 30 de junio 1995, fecha en que entro a regir la Ley 100 de 1993 en el Departamento de Boyacá; en consecuencia se observa que el mismo **cumplía** con el requisito del tiempo de servicio previsto en el artículo 36[14] de la ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO** se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y después regreso nuevamente al de prima media; es del caso mencionar que el mismo no perdió el régimen de transición, pues además de cumplir con el tiempo de servicio exigido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también cumple con los requisitos para conservar el régimen de prima media con prestación definida, señalados por la H. Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, en la cual se analizó la constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[15], que son: (i) Que al cambiarse nuevamente al

---

[13] **ARTICULO. 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 1994. 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.
PARAGRAFO. -El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental

[14] Ley 100 de 1993. Artículo 36, inciso 2°: *"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.*

[15] **Ley 100 de 1993, Articulo 36.** (...)
Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 **de 2002.** Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.
Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 **de 2002.** Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y (ii) Que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media; pues, según se observa del reporte extraído del aplicativo Bizagi-Colpensiones (fl. 123) y de la información dada a este Juzgado por la accionada en el Oficio de fecha 31 de mayo de 2016 (fls. 121-122), el demandante si cumple con el caculo de rentabilidad para conservar la transición, es decir *"la rentabilidad generada en el fondo privado de pensiones, en la cuenta de ahorro individual del afiliado demandante, es igual o superior a la que debió mantener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida si hubiera permanecido en dicho régimen, por lo que no deberá pagar ningún valor adicional para acceder a la transición"*(fl. 122)

Ahora, si era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1.993, surge otra pregunta: **¿qué régimen pensional le era aplicable a JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO, teniendo en cuenta, que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1.993?**. De conformidad con lo expuesto en el capítulo de normas aplicables al caso, la pensión de jubilación para los empleados públicos subsumidos dentro del régimen de transición de la ley 100 de 1993, se debe liquidar de acuerdo con lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Siendo así las cosas pasamos a resolver el último interrogante referido a: **¿es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?**. Entonces, teniendo en cuenta, que al presente asunto pensional le **es aplicable** la ley 33 de 1985, tal como se explicó con antelación, se tiene en principio, que los factores para la liquidación pensional son los señalados en **el artículo 1º de la Ley 62 de 1985**[16], que subrogó en ese

---

[16] Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. 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. / Parágrafo único. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

aspecto el artículo 3º de la Ley 33 Ibídem, devengados en el último año de servicios acreditado.

Respecto al tema antes mencionado, el Consejo de Estado ha presentado diversas posiciones en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, al referirse al alcance del artículo 3º de la ley 33 de 1985, y ha planteado tres tesis:

1. Al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador[17];

2. Sólo debían incluirse aquellos factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado los aportes[18] y así se encontrare certificado[19];

3. Únicamente podían tenerse en cuenta los factores salariales taxativamente señalados en la Ley 33 de 1985[20] y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar[21].

Debido a lo anterior, **la Sala Plena de la Sección 2ª, mediante Sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010,** llega a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación

---

[17] Tesis expuesta en Sentencia de 29 de mayo de 2003, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla. Radicación No 25000-23-25-000-2000-2990-01 (4471-02), Actor: Jaime Flores.

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda - Subsección "A", doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.: "...Nótese que las disposiciones legales anteriores son lo suficientemente claras al establecer de manera **enunciativa y no taxativa** los factores a incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación pues, si bien se relacionan allí algunos de sus componentes, éstos no se traducen en un conjunto cerrado sino que, por el contrario, **tales normas admiten la inserción de otros factores no relacionados en esa enumeración, siempre que sobre los mismos se hayan efectuado los correspondientes descuentos de ley para el reconocimiento de la pensión,** es decir, que dejan abierta la posibilidad de reconocer otros factores diferentes de los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 - **se insiste-cuando se ha cotizado sobre éstos**..." (negrilla fuera de texto)

[19] Tesis expuesta en Sentencia de 16 de febrero de 2006, Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicación No: 25000-23-25-000-2001-01579-01 (1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve). "...En conclusión, el régimen jurídico aplicable resulta ser el dispuesto por la Ley 33 de 1985, en especial el artículo 3º, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad y, por ende, **no es posible aplicar otros beneficios** otorgados al trabajador legal o extralegalmente. **Admitir que todos los factores salariales pueden constituir la base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse**...". (el subrayado es del despacho).

[21] Tesis expuesta en Sentencia de 6 de agosto de 2008, Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

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[22].

Así las cosas, siguiendo las directrices trazadas en la jurisprudencia antes mencionada, para liquidar la pensión **se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé incluyendo la **prima de vacaciones y prima de navidad**; las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestación social, el legislador le dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[23].

Así las cosas, frente al interrogante: **¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?**, tendremos que responder que sí es posible, y en consecuencia la parte demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación[24].

De conformidad con la certificación que obra **a folio 140 del expediente**, y teniendo que en cuenta que el demandante aún se encuentra laborando, según se observa de la certificación obrante en los folios 113 y 114 del expediente, y que la constancia de factores salariales fue expedida el día 21 de julio de 2016 (fls. 136-140), es claro que en el último año de servicios el accionante percibió además de la asignación básica, los siguientes factores salariales[25]: bonificación especial por recreación, bonificación por

---

[22] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Cuatro (4) de agosto de 2010. Radicación No 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

[23] Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.

[24] Así lo ha considerado también el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, MP Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente: 150013133008-2007-00157-01

[25] Los cuales viene devengando durante los últimos diez años de prestación de servicios, según se observa de la certificación obrante a folios 137 a 140

servicios, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y auxilio de transporte.

En conclusión tenemos que:

FACTORES SALARIALES			
Reconocidos por el demandado		Solicitados por el demandante	Certificado de Factores salariales del último año de servicios (fl. 140)
Resolución No.	**Factores (los contemplados en el Decreto 1158 de 1994)**		
Resoluciones N° GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013 y Nº VPB 42679 del 13 de mayo de 2015 (fls. 10-31)	- Asignación básica - Bonificación por servicios prestados	- Asignación mensual - Prima de navidad - Prima de servicios - Prima de vacaciones - Bonificación por servicios - Subsidio de alimentación - Auxilio de Transporte	-Asignación básica - Bonificación especial por recreación - Bonificación por servicios - Pago sueldo de vacaciones - Prima de navidad - Prima de servicios - Prima de vacaciones - Subsidio de alimentación - Auxilio de transporte

Así, para efectos de reliquidar la prestación correspondiente a **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, la entidad demandada observará que por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el demandante percibió por concepto de salario, es decir, lo que devengaba de manera habitual o periódica como retribución del servicio[26]. Sin embargo, conforme lo analizado, los factores salariales que faltan por incluir únicamente son: prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y auxilio de transporte, ya; (i) Que la remuneración por Bonificación por Servicios sí se consideró -al ser de los factores de que

[26] El Honorable Consejo de Estado en pronunciamiento del 5 de septiembre de 2002, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación número: 17001-23-31-000-1997-7051-01-(1977-01), sobre situación similar, manifestó: "(...) De otra parte, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión, la Sala en asunto de naturaleza jurídica similar al que ahora conoce, sentencia del 28 de octubre de 1993, Expediente 5244, C.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas y a la cual se remite la Corporación, precisó sobre el particular que por asignación mensual debe entenderse no solo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, vale decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios, por las razones que allí se plantean. (...)"

trata el Decreto 1158 de 1994-, en el entendido que para el reconocimiento de la pensión del hoy demandante, la entidad demandada tuvo en cuenta para el cálculo del índice base de liquidación no solamente el salario, sino los demás conceptos enunciados en el Decreto 1158 de 1994 (fls. 12, 27), y (ii) Que la Jurisprudencia tanto del H. Consejo de Estado como del H. Tribunal Administrativo de Boyacá, ha expuesto **que la Indemnización de las vacaciones**[27] **y la Bonificación por recreación**[28], No pueden ser tomadas en la

---

[27] 5obre el particular el H. Consejo de Estado en Sentencia de fecha Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil trece (2013), radicado EF.: EXPEDIENTE No. 25000232500020090032 4,01 NÚMERO INTERNO: 2231-2012, con ponencia del DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA expuso:

"(...)Ahora bien, frente a la inclusión de la indemnización de vacaciones como factor salarial susceptible de incluir en la base salarial para liquidar la pensión de jubilación, esta Corporación, a través de sentencia de 4 de agosto de 2010, expresó:
(...)No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez 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 pensiónales. En efecto, esta Corporación ha precisado ***que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.*** *Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional (...)*
En tal sentido y en asuntos de similar naturaleza, esta Sección ha conservado el mismo criterio, tal como se evidencia de la lectura de la Sentencia 1677-2011, en la que la indemnización de vacaciones no se incluyó en base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Adicionalmente, en igual sentido, se profirió la Sentencia 0960-2011, que señala:
"Es preciso indicar, como lo señaló el Tribunal acogiendo la jurisprudencia de esta Corporación que no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que estas 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. En efecto, se ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación (...)".
Por lo anterior, se evidencia que la indemnización de vacaciones no constituye salario ni prestación, sino que corresponde a un descanso remunerado, no susceptible de ser incluido como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación; por tanto, no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la inclusión de ese concepto en su base salarial. (...)" (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)

El anterior criterio fue acogido plenamente por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia oral de fecha 20 de mayo de 2013, dentro del proceso radicado bajó el número 15001-23-33-002-2012-00005-00, con ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana, veamos:

"En relación con el factor denominado sueldo por vacaciones, la 5ección 5egunda del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010, concluyó: *"No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez 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 pensiónales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación".\" (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)*

[28] Al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia del tres (3) de febrero de 2011, Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicación número: 25000232500020070104 4 01(0670-2010), manifestó:

"El Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º estableció que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos:

"Campo de aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.".

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

"Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les

base liquidataria de la respectiva pensión, criterio anterior que acoge plenamente está instancia.

No sobra destacar que, en un pronunciamiento más reciente sobre el tema, el Consejo de Estado[29] en sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), señaló:

> *"(...) Concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, tal como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada. Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la señora Luz Nidia Olarte Mateus tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es, el 27 de enero de 2004, fecha en la que cumplió 55 años de edad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio". Para efectos de liquidar la prestación anterior, el Tribunal dio aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual,* ***se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, entre ellos, las primas de alimentación, especial, de vacaciones y navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse*** *(...)"*

Finalmente, es preciso aclarar que la entidad accionada debe hacer el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Así lo señaló el Consejo de Estado al indicar que *"la omisión por parte de la administración en este sentido no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el renacimiento pensional".*

De conformidad con lo antes expuesto, se impone la nulidad de las Resoluciones Nº GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, Nº GNR 294546 de 22 de agosto de 2014 y Nº VPB

---

corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.".

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que ***la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante****.*

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, ***no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente****".*

[29] Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda - subsección "b". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

42679 de 13 de mayo de 2015, expedidas por **COLPENSIONES**, en tanto dejaron de incluir factores en la base de liquidación de la pensión del demandante. Como restablecimiento del derecho, **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO** tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación de conformidad con lo antes expuesto y analizado.

3.4. Prescripción de mesadas:

Frente a la prescripción de las mesadas pensiónales, los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968 determinan que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante.

En el presente caso, teniendo en cuenta; (i) Que la última petición corresponde al recurso de apelación presentado el día 04 de febrero de 2014 (fl. 25), (ii) Que la pensión del demandante quedo condicionada al retiro del servicio (fl. 30), y (iii) Que el demandante aún se encuentra laborando para el Departamento de Boyacá (fls. 113-114, 136-140); en consecuencia se encuentra que no ha operado el fenómeno de la prescripción de mesadas.

3.5. De los descuentos para aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones:

El H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp.: 2014-096-01, realizó un análisis en torno al criterio sustentado por el Consejo de Estado frente al tema de los descuentos a los aportes del Sistema de Seguridad Social, en el cual concluyó que la naturaleza jurídica de las cotizaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, se constata que estas constituyen una obligación de carácter parafiscal, en tanto que son producto de la soberanía fiscal de Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible[30].

---

[30] Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ANA BEATRIZ SUELTA FIGUEROA, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-; Expediente: 15238-3331703-2014-00096-01

Refiere el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá que se debe tener presente la Sentencia C-711 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería, en la cual se expone lo siguiente:

> *"(...) Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aporte para salud y pensiones, se tiene:* ***1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuento sujetos pasivos a, empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal****" (Negrillas fuera de texto)*

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997, "*Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones*" dispuso que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen o ubican los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ahora bien, en el artículo 817 del estatuto referido, están contendidas las disposiciones sobre la extinción de la obligación, en la cual se establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años.

Agregó que en virtud del artículo 817 ibídem, la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que concluyó que, transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribía y su pago, no podía ser exigido, advirtiendo a la naturaleza parafiscales de estas últimas.

De acuerdo a lo Señalados los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016) indica:

> *"(...) De todo lo anterior, determina la Sala que a pesar de que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe. Entonces, el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales. Sobre este particular, se destaca que no hay obligaciones imprescriptibles, lo que atentaría contra los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando por el simple paso del tiempo se extinguieron.*
>
> *Bajo esta óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece durante toda la vida laboral, ésta –la obligación- es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas.*
>
> *Por tanto, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo durante los últimos cinco (05) años laborados, por prescripción extintiva de la obligación".*

De conformidad a los criterios trazados por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá se ordenará que la condena que resulte y sobre la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y auxilio de transporte a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, se realicen los respectivos descuentos **que no se efectuaron al Sistema General de Seguridad Social** durante los últimos 5 años de vida laboral del demandante, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

3.6. El ajuste al valor:

La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora 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. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

3.7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

4. Costas:

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con lo anterior, se impondrá la correspondiente condena en costas a la entidad demandada, como lo ordenan los artículos 365 a 366 del C.G.P., en la suma de TREINTA Y DOS MIL PESOS ($32.000), que corresponde a los gastos en los que incurrió la parte actora en el proceso de la referencia y acreditó con la certificación obrante a folio 52 del expediente. Esto de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 366 del Código General del Proceso y lo expuesto por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, providencia del 7 de abril de 2016[31], en la que aclaro el tema de las costas en el sentido de que *"El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y*

---

[31] Consejo de estado – Subsección A – Magistrado Ponente: William Hernández Gómez – Expediente: 13001-23-33-000-2013-00022-01 – Radicado Interno: 1291-2014 - siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.[32] *"*

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, que reconoce y ordena el pago de la pensión de Vejez al señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, y de la Resolución Nº VPB 42679 de 13 de mayo de 2015, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la Resolución N° GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, expedidas por **COLPENSIONES**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- Declarar la nulidad total de la Resolución N° GNR 294546 de 22 de agosto de 2014, expedida por **COLPENSIONES**, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición

---

[32] Sobre el tema más ampliamente expreso dicha Corporación:

a) 'El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *"subjetivo" –CCA-* a uno *"objetivo valorativo" –CPACA-*.
b) Se concluye que es *"objetivo"* porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
c) Sin embargo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, **con el pago de gastos ordinarios del proceso** y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[32], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

interpuesto en contra de la Resolución N° GNR 314761 del 22 de noviembre de 2013, por lo expuesto.

Tercero.- Declarar **No probada la excepción de prescripción de mesadas**, propuesta por la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** reliquidar la pensión de **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 19'169.125 de Bogotá, conforme a las bases expuestas en la parte considerativa de esta providencia, para lo cual se tendrá en cuenta, no sólo la **Asignación Básica y la bonificación por servicios,** sino también: la **prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, el subsidio de alimentación y el auxilio de transporte** percibidos en el último año de servicios[33], y pagará las diferencias en las mesadas pensiónales que se causen con posterioridad al retiro del servicio, pues la pensión reconocida al demandante quedo condicionada al retiro del servicio (fl. 30).

El periodo que debe tenerse en cuenta para efectuar la reliquidación pensional es el último año de prestación de servicio.

Quinto.- De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para efectos de reliquidar la pensión del señor **JAVIER HERNANDO DURAN NIÑO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** deberá realizar los descuentos **que no se hubieren efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le corresponda.** En todo caso el valor a pagar no podrá superar la condena dada la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

---

[33] Los cuales viene devengando durante los últimos diez años de prestación de servicios, según se observa de la certificación obrante a folios 137 a 140

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, puede cobrarlos a través de procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Sexto.- Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad aplicará el reajuste de valores contemplado en el inciso final del artículo 187 del C.P.AC.A. a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, 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 debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Séptimo.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Octavo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Noveno.- Condenar en costas a la entidad demandada, como lo ordena el artículo 365 del C.G.P, en la suma de TREINTA Y DOS MIL PESOS ($32.000), que corresponde a los gastos en los que incurrió la parte actora en el proceso de la referencia y acredito con la certificación obrante a folio 52 del expediente, por secretaría efectúese la liquidación conforme lo dispuesto por el artículo 366 del C.G.P.

Décimo.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑON
Juez

RCD