



Consejo Superior  
de la Judicatura

## JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, dos (02) de septiembre de dos mil quince (2.015)

**REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**DEMANDANTE: JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**  
**DEMANDADO: ISS hoy COLPENSIONES**  
**EXPEDIENTE: 150013331008 201200055 00**

### I. ANTECEDENTES

El señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, identificado con la C.C. No. 1.113.913, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A. demanda a ISS hoy COLPENSIONES con el objeto de que se acceda a las siguientes:

#### 1. Pretensiones (folio 2 a 3).

1. "Declarar la **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No 018614 del 15 de mayo de 2006 expedida por el Asesor VI de la Vicepresidencia de Pensiones de la Seccional Cundinamarca, mediante la cual se le reconoció y ordeno el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, **en razón** a que, para obtener el Ingreso base del liquidación no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante los últimos diez años antes de adquirir el status, y tampoco se indexaron a la fecha de obtener el status para determinar el valor de la primera mesada pensional.
2. Declarar la **NULIDAD** de la Resolución No 033644 del 09 de noviembre de 2010, expedida por el Asesor VI de la Gerencia Seccional del Seguro Social Seccional Cundinamarca y D.C, mediante la cual se decidió no acceder a la solicitud de reliquidación de la pensión reconocida mediante resolución No 018614 del 15 de mayo de 2006.
3. Como Consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se **DECLARE** que mi mandante, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, en la que se indexe o actualice la primera mesada pensional al momento de adquirir el status de la pensión ( 08 de marzo de 2006 ), y que tiene derecho a que se tengan en cuenta todos los factores devengados durante los últimos diez años antes de adquirir el status.
4. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES**, que reliquide la pensión de jubilación de mi mandante, en donde se tengan en cuenta todos los factores devengados durante los últimos diez años antes de adquirir el status.
5. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES**, que se indexen los factores salariales al momento de determinar la primera mesada pensional al momento de adquirir el status de la pensión (08 de marzo de 2006), de acuerdo a la siguiente fórmula;

$$R = Rh \times IPC$$

IPC Inicial

6. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES**, el pago retroactivo de las diferencias pensionales que resulten de reliquidar dicha pensión, desde la fecha en que mi mandante adquirió el derecho (08 de marzo de 2006) y hasta el momento en que se hizo efectivo el pago.
7. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES**, actualizar el valor de las sumas de dinero que deberá pagar, con sustento en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

8. **ORDENAR** al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** reconocer y pagar al accionante los intereses moratorios establecidos en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, en la forma que legalmente corresponda y conforme a la Jurisprudencia Patria y en especial en la Sentencia C-601 de 2000 de la Corte Constitucional.
9. Se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en este proceso."

## 2. Fundamentos Fácticos (folio 3 a 5)

1. "El Accionante nació **el 08 de marzo de 1951**, hecho que fue reconocido por el Instituto de los Seguros Sociales en la Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010, expedida por el ISS.
2. El Accionante laboró para la Contraloría General de Boyacá desde el 10 de julio de 1975 al 8 de febrero de 1982.
3. Durante el tiempo laborado en la Contraloría General de Boyacá, se hicieron los aportes para pensión a la Caja de Previsión Departamental de Boyacá.
4. El Accionante laboró para el Departamento de Boyacá- Secretaria de Planeación desde el 03 de mayo de 1982 al 10 de diciembre de 1989.
5. Durante el tiempo laborado para el Departamento de Boyacá- Secretaria de Planeación, se hicieron los aportes para pensión a la Caja de Previsión Departamental de Boyacá.
6. El Accionante laboró para la Alcaldía de Tunja- Secretaria de Educación Municipal desde el 1 de junio de 1990 al 16 de mayo de 1991.
7. Durante el tiempo laborado en la Alcaldía de Tunja- Secretaria de Educación Municipal, se hicieron los aportes para pensión a la Caja de Previsión Social Municipal de Tunja.
8. El Accionante laboró para el Municipio de Socha- Alcaldía Municipal, en el cargo de ALCALDE MUNICIPAL, desde el 01 de junio del 1992 al 31 de diciembre de 1994.
9. Durante el tiempo laborado para el Municipio de Socha- Alcaldía Municipal, el Municipio responde por los tiempos dejados de cotizar.
10. El accionante laboró para la Lotería de Boyacá, desde el 14 de mayo de 1996 hasta el 31 de mayo de 1999.
11. Durante el tiempo laborado en la Lotería de Boyacá, se hicieron los aportes para pensión al Instituto de los Seguros Sociales.
12. Mi representado laboró para el Departamento de Boyacá- Instituto de Cultura y Bellas Artes, desde el 27 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001.
13. Durante el tiempo laborado para el Departamento de Boyacá- Instituto de Cultura y Bellas Artes, se hicieron los aportes para pensión Instituto de los Seguros Sociales.
14. El último sitio de trabajo donde laboró mi mandante para el Departamento de Boyacá- Instituto de Cultura y Bellas Artes, fue en el municipio TU NJA-BOYACA.
15. Mediante Resolución No 018614 del 15 de mayo de 2006 se le reconoció a mi mandante y ordenó el pago de su PENSION VITALICIA DE JUBILACIÓN, por un valor de \$1.766.847,00, sin precisar los factores salariales tenidos en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación; cuando le debieron haber tenido en cuenta para obtener el ingreso base de liquidación de la citada pensión los siguientes factores: **Asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**
16. Conforme a la Resolución No 018614 del 15 expedida por el Seguro Social, que le reconoció y ordenó el pago de su PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN, a favor de mi

mandante, **NO SE INDEXÓ O ACTUALIZO** la primera mesada pensional al 08 de marzo de 2006.

17. El accionante, el 31 de agosto de 2006, reiterado el 14 de agosto de 2008, solicitó la reliquidación de la pensión.
18. En la Resolución No 033644 del 9 de noviembre de 2010, **NO SE ACCEDIO A LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN**, que fuera reconocida mediante la Resolución No 018614 del 15 expedida por el Seguro Social,
19. Mediante Resolución No 018614 del 15 de mayo de 2006, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación de mi mandante,
20. En la Resolución No 033644 del 9 de noviembre de 2010, se dijo en la parte motiva" Que el peticionario es beneficiario del régimen de transición". ( subrayo y resalto)
21. El CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200607509 01.NUMERO INTERNO: 0112-2009, unificó el criterio, frente a los factores que han de tenerse en cuenta para las pensiones de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición
22. La Procuraduría General de la Nación, expidió la **Circular No 054 del 03 de noviembre de 2010**, en la que expresa las directrices a tener en cuenta por los Servidores Públicos que Administren el Régimen de Prima Media.
23. En Razón a que la Pensión Vitalicia de jubilación de mi mandante es una prestación periódica conforme al número 2º del artículo 136 del Decreto 01 del 02 de enero de 1984, se puede incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cualquier tiempo, para lo cual me permito transcribir la norma citada: "... 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe" (subrayo y resalto).
24. Se elevó **solicitud de Conciliación** ante el Procurador Judicial delegado ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja.
25. La Procuraduría Judicial No 68 de la ciudad de Tunja para Asuntos Administrativos, llevó a cabo diligencia de conciliación, la cual se consideró FALLIDA, se le dio por terminado este trámite conciliatorio, y se hizo entrega al demandante de la documentación respectivo"

### 3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Esgrime como normas violadas las siguientes:

Los art. 13, 29, 48,53 de la Constitución Política, ley 100 de 1993, art. 21, 241.

Afirma que los actos acusados son violatorios de los preceptos constitucionales anotados, por cuanto es deber esencial del estado velar por la vida, honra y bienes de todas las personas, como elementos básicos de la sociedad y toda vez que con ellos está atentando contra uno de los más preciados valores del ser humano, la vida, ya que precisamente la gran gama de normas que protegen a las personas, tiene como fin último velar por su existencia. Considera que con la desidia de la entidad demandada, priva al Demandante de esos derechos, cuando más lo necesita, en la vejez.

Señala que de la normatividad anterior a la expedición de la ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos pensionales que debían determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las normas citadas, modificada por la ley 62 de 1985; aun así, también de dicho decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que fueron devengados por el trabajador.

De ahí, que interpretar la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

Asegura que la interpretación que debe darse a la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir que las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales de la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Concluye afirmando que como con la expedición de los actos demandados, no se tuvo en cuenta la prevalencia del interés general, que conlleva a una extralimitación de funciones, existe una desviación y abuso de poder, razón por la cual solicita acceder a las pretensiones.

## **II.- TRÁMITE PROCESAL**

### **1. De la Presentación y Admisión.**

La demanda fue presentada el trece (13) de abril de dos mil doce (2012) (fl.107), admitida el veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) (fl.109-110), y notificada al representante legal de la entidad demandada el treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012) (fl.119).

Dentro del término de fijación en lista, (fl. 120), la entidad accionada presentó escrito de contestación el diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012) (fl.121-128), así;

### **2. Contestación del ISS hoy Colpensiones;**

En cuanto a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas por cuanto el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES no es el responsable del pago de las mesadas pensionales, ni de los descuentos con destino a la salud. Considera que el reconocimiento pensional se realizó de conformidad con el valor cotizado del demandante al sistema general de pensiones, razón por la cual no le puede ser reconocido valor superior, por consiguiente, si el empleador no hizo las respectivas cotizaciones sobre el valor devengado, el ente asegurador no tendría por qué entrar a reconocer un valor para el cual no se hicieron las respectivas cotizaciones, y trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo dentro del radicado 23216 de fecha de 7 de diciembre de 2006, siendo MP. Doctor Camilo Tarquino Gallego.

Afirma el ISS hoy Colpensiones, que para el presente caso se tiene que la ley 100 de 1993 en su artículo 36 consagra el régimen de transición, en el cual se establece que se aplicara a quienes al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, acreditan tener 35 años o más si es mujer o 40 años o más si es hombre, o 15 años o más de servicios cotizados, para reconocer la pensión con la edad, tiempo y monto establecido.

En el presente caso, se tiene que en efecto el demandante el día 7 de julio de 2007, elevo solicitud de pensión de jubilación, en atención a que se encontraba inmerso en el régimen de transición antes mencionado, determinándose por parte del ISS hoy Colpensiones que en efecto el Demandante cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto ley 546 de 1971, el cual exige para acceder al derecho pensional acreditar un mínimo de 20 años de servicio al estado, de los cuales mínimo 10 deben haberse prestado en la Rama Judicial, y 50 años de edad para la mujer, 55 para hombre, para aplicarse un monto de 75%.

Así las cosas y para acreditar las semanas necesarias para acceder a la prestación económica, según historia laboral expedida por el ISS, acredita un total de más de 20 años de servicio oficial exigido para acceder a la pensión reclamada, de tal forma que fue reconocida su pensión de jubilación teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto.

Y como quiera que el Accionante cumplió con los requisitos legales para acceder a la pensión, el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución N° 5012 del 14 de febrero de 2008 procedió a conceder la pensión de jubilación al Demandante, la cual sería reconocida y pagada a partir del cumplimiento de dichos requisitos, previo al retiro del servicio oficial, según lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, norma aplicable por expresa remisión del artículo 31 de la ley 100 de 1993.

Que para liquidar la pensión del Demandante, se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hace falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones, actualizado anualmente con el IPC, conforme a lo indicado por el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que para el presente caso se realizó con base en los 3650 días, con un ingreso base de liquidación de \$ 2.453.417 al cual se le aplico un 75 %.

Plantea como excepciones;

- Inepta demanda.
- Falta de competencia.
- Falta de jurisdicción.
- Prescripción.

### **3. De la etapa Probatoria.**

Mediante auto del dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) se abrió la etapa probatoria (fl.137-138), teniéndose con el valor probatorio que les da la ley las aportadas con la demanda, y con la contestación de la misma.

### **4. Alegatos de conclusión.**

Se corrió traslado de alegatos mediante la audiencia que trata el artículo 66 de la ley 1395 de 2015, (fs. 139 a 141);

#### **4.1. La parte demandante;**

Reitera los hechos y las pretensiones de la demanda y como sustento jurídico y fáctico de la misma solicita se tengan en cuenta las aportadas al expediente con el valor probatorio que le merecen.

Señala que en cuanto a la inepta demanda presentada por el excepcionante en la cual indica que no se cumplieron los requisitos del artículo 162 de la ley 1437 de 2011 y que para desvirtuar su no declaración precisa que esa norma entro a regir a partir del 1º de julio de 2012 y la demanda fue presentada el 13 de abril de 2012, por lo que aplicando el principio de irretroactividad de la Ley esta excepción no debe prosperar.

En cuanto a la excepción de falta de competencia y jurisdicción precisa que conforme a lo obrante en el proceso el Demandante se encuentra en régimen de transición por tener más de 15 años de servicios para el 1 de abril de 1994 y más de 40 años, laboró en el sector público por más de 20 años y conforme a la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, le corresponde a la jurisdicción contenciosa las controversias de la seguridad social para el caso de quienes cumplieron los requisitos para la pensión como funcionarios públicos y que se encontraran en el régimen de transición y además como el último lugar de prestación de los servicios en el sector público fue la ciudad de Tunja como obra en el expediente a folios 54 al 63, razón por la cual esta excepción está llamada a no prosperar.

En la tercera excepción que tiene que ver con la falta de jurisdicción con el argumento de que el artículo 2 de la ley 712 de 2001, expresa que las controversias referentes al sistema de seguridad social integral se debaten en la jurisdicción ordinaria, para lo cual la parte actora disiente en su totalidad como quiera que el sistema de seguridad social integral es el previsto en la Ley 100 de 1993 y para el caso que nos ocupa el Demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada Ley y por lo mismo ésta, la Ley 100 de 1993 no le es aplicable por lo que reitera esta excepción no debe prosperar.

Frente a la excepción de prescripción, afirma que al Accionante le fue reconocida pensión mediante Resolución 018614 del 15 de mayo de 2006; El 31 de agosto del año 2006 el demandante elevó derecho de petición ante el Seguro Social para que se le reliquidara su pensión, dicho derecho de petición fue reiterado el 14 de agosto del año 2008 y se le resolvió su solicitud el 9 de noviembre del año 2010 mediante resolución No. 033644 que fuera notificada por edicto el 17 de marzo del año 2011 y entonces entre el 17 de marzo del año 2011 y la fecha en que se presentó la demanda 13 de abril de 2012, no han transcurrido 3 años para que opere el fenómeno de la prescripción.

Afirma que sobre la indexación de la primera mesada pensional, como quiera que por la pérdida del valor adquisitivo del dinero se deben ajustar los valores devengados al momento de proferirse la resolución de reconocimiento pensional, esto es al momento de la primera mesada pensional y entonces lo que se debe hacer en el presente caso es que los valores devengados durante los últimos 10 años y que son factores para determinar el ingreso base de liquidación, deben actualizarse, indexarse, llevarlos a valor presente a efectos de que recuperen el valor perdido por el tiempo, pues no es lo mismo cien pesos del año de 1996 a 100 pesos del año 2006 y ruego al

Despacho que al momento de fallar se tengan en cuenta las jurisprudencias que sobre la indexación de la primera mesada pensional se expresaron en la demanda.

Ahora frente a los factores que se han de tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación el H. Consejo de estado ha unificado el criterio y determinó que no solo se deben incluir los enlistados en la ley 33 de 1985 sino que de igual forma por los principios de favorabilidad también se incluyan los del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978

Finalmente advierte que los últimos pronunciamientos que ha acatado el Seguro Social para determinar el ingreso base de liquidación de los servidores públicos ha sido que se acoja a lo dispuesto en la ley 33 de 1985 en el sentido de que se haga con el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en su defecto con los últimos años.

#### **4.2. La parte demandada;**

El Apoderado de la parte demandada no se hizo presente a la audiencia de que trata el artículo 66 de la ley 1395 de 2015, razón por la cual no presento alegatos.

#### **4.3. Concepto del Ministerio Publico;**

Señala que como se ha reiterado en varias oportunidades el Consejo de Estado ha manifestado que la ley 33 de 1985 no indica los factores salariales sino que están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, por ende solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 018614 del 15 de mayo de 2006, así como la nulidad de la Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **1. Problema jurídico**

Consiste en determinar si la Resolución No. 018614 del 15 de mayo de 2006 y Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010, expedidas por el **ISS hoy COLPENSIONES**, incurren en alguna causal de nulidad y si el demandante, Señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA** tiene derecho a que se le reliquide o ajuste la pensión mensual vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta, todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, a pesar de no existir aporte alguno sobre estos factores o si se debe liquidar con todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años antes de adquirir el estatus.

#### **2.- Resolución del caso;**

##### **2.1. De las excepciones;**

La apoderada del **ISS hoy UGPP**, con la contestación de la demanda propuso las siguientes excepciones;

##### **2.1.1. Inepta Demanda,**

Señala que la demanda no cumple con los imperativos normativos procedimentales que se exigen del demandante con base en el artículo 162 de la ley 1437 de 2011, esto es que los hechos 2, 3, 4, 5, 6 y 9 presentan varios hechos.

Igual falencia acaece de las pretensiones, pues como se observa en la exposición técnica exigida en el imperativo normativo prenombrado no se da cumplimiento a los contenidos del numeral 2 de la citada norma, no hay precisión no hay claridad, pues como se observa en el libelo de las pretensiones en forma conjunta, indiscriminada y sin respeto de los imperativos descritos, se acumulan con el acápite normativo el cual como la norma lo exige debe presentarse en forma separada.

El Despacho la declarara como no probada, habida cuenta, la Apoderada de la entidad demandada invoca la ley 1437 de 2011, que entro a regir el 2 de julio de 2012, y la demanda fue presentada el 13 d abril de 2012, razón por la cual no le resulta aplicable dicha normatividad.

### **2.1.2. Falta de Competencia;**

Señala que el ISS hoy Colpensiones, tiene como domicilio la Ciudad de Sogamoso y así lo reconoce el Demandante en el acápite de notificaciones, igualmente la solicitud de prestación económica fue presentada en la Ciudad de Sogamoso, por ende corresponde a los Jueces Administrativos del Circuito de Santa Rosa de Viterbo el conocimiento de la presente acción.

El Despacho no la declarara probada ya que de conformidad con el artículo 134 D del C.C.A., en los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral la competencia "se determinara por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios", para el presente caso fue el Municipio de Tunja, (fls. 54 a 56)

### **2.1.3. falta de jurisdicción;**

Señala que de conformidad con el artículo 2 de la ley 712 de 2001, el competente para conocer de las controversias suscitadas es la Justicia Ordinaria Laboral, luego la Jurisdicción Contenciosa no sería competente para el presente caso.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura<sup>1</sup>, ha dado solución a este tipo de asuntos;

*"con fundamento no solo en las disposiciones legales que regulan la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino haciendo alusión a las reglas específicas de competencia establecidas en el artículo 2º de la ley 712 de 2001, **haciendo especial énfasis en la naturaleza jurídica de la vinculación del Accionante con la Administración. Así las cosas, en litigios en los que se evidencia que una de las partes está representada por un empleado público, la competencia ha sido asignada a los jueces administrativos, en tanto que, cuando la calidad que ostenta el demandante es un trabajador oficial, la misma ha recaído en los jueces ordinarios"***

(...)

*"...las controversias referentes al sistema de seguridad social integral suscitadas entre empleados particulares y/o beneficiarios y las entidades administradoras cualquiera que sea su naturaleza, serán tramitadas ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, **debiendo excluirse del conocimiento de ésta los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la***

<sup>11</sup> Decisión del veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008), radicado No. 200802107 00, Magistrada Ponente Julia Emma Garzón de Gómez

***Ley 100 de 1993 y los regímenes especiales contemplados en el artículo 279 de la Ley ibídem, los cuales no hacen parte del sistema de seguridad social integral por referirse a normas anteriores a su creación o por excepciones a la misma ley. (...)" (Resalta el Despacho)***

Por lo anterior, el Despacho declarara no probada la excepción.

#### **2.1.4. Prescripción;**

Que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo las reliquidaciones o solicitudes de aumento pensional están sometidas al fenómeno de la prescripción.

Esta excepción se resolverá con el fondo del asunto ya que depende de la prosperidad de las pretensiones.

### **3. Régimen aplicable en materia pensional;**

La Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1° de abril de 1994 para el orden nacional y hasta el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, por haberlo establecido en su artículo 151; en el artículo 36 consagra el régimen de transición de la siguiente Manera;

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

***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el 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 encuentran 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.***

***Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos..." (Resalta el Despacho)***

Así las cosas, para fijar el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la pensión de vejez, se debe tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, que modifica el artículo 3 de la ley 33 del mismo año;

***"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, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascenso rial y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, 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 liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" (Resalta el Despacho)***

De conformidad con el **Artículo 36 de la ley 100 de 1993**, es claro que a la entrada en vigencia de esta ley, las personas que hubiesen cumplido los requisitos para adquirir la pensión de jubilación,

debe aplicárseles el régimen de transición, es decir, la norma anterior, con fundamento en el principio de favorabilidad y el carácter irrenunciable de estos derechos.

De esta manera, el régimen de transición y, por tanto, la normatividad anterior, resultan aplicables a las personas que el 1° de abril de 1994 acreditaran, tener mínimo 35 años, en el caso de las mujeres o 40 en el de los hombres, o al menos 15 años de servicios o tiempo cotizado tanto para hombres como mujeres. Esto implica, pues, que de llenar dichas condiciones, el interesado está habilitado para reclamar el reconocimiento pensional conforme a normatividad previa a la Ley 100 de 1993, la cual es la **Ley 33 de 1985**, y su normativa concordante.

Así mismo, con respecto al régimen de transición, el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, en sentencia de agosto 17 de 2011 M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren dentro del expediente 2008-00342-01, indicó;

*"...Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición, la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto se refiere al inciso segundo **opera de pleno derecho** para quienes se encuentren inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del **quantum** pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así, para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso"*

Respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión se tiene que las decisiones no han sido unánimes, puesto que en algunas oportunidades se ha manifestado que los factores salariales a tener en cuenta son taxativos y corresponden a los señalados en la **Ley 62 de 1985**<sup>2</sup>, y en otras se ha dicho que es solo liquidable aquello haya sido objeto de aportes<sup>3</sup>. También, se ha reconocido que dicha norma es meramente enunciativa y en ese sentido se debe reconocer como computable todo lo devengado por el actor, sin importar si está o no en dicha norma<sup>4</sup>.

Frente a lo anterior, la sala Plena de la Sección Segunda<sup>5</sup>, en reciente providencia ha dejado por sentado que para la liquidación de la pensión de jubilación debe tomarse en cuenta todos los factores salariales devengados, y **no** únicamente los que se encuentran establecidos en **la ley 62 de 1985**, e incluso en lo referente a la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, que si bien no se encuentran en el listado del artículo 3° de dicha ley, sí se encuentran establecidos en el **Decreto 1045 de 1978** como factores salariales para liquidar cesantías y pensión de jubilación, el cual a pesar de ser norma anterior atendiendo al carácter progresivo de las disposiciones laborales y a los principios de la Primacía de la realidad, Favorabilidad, entre otros, es preciso aplicarlo, pues con el primero de ellos se deja establecido que las normas laborales aún posteriores no deben menoscabar las conquistas a las cuales han llegado los trabajadores. En este sentido, en plena concurrencia con el mandato de preferir los hechos sobre las formalidades, se acepta que a pesar de no estar descritos los factores en la legislación posterior deben ser objeto de valoración e inclusión en la liquidación de la pensión de jubilación.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dr. Gerarda Arenas Mansalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación Na. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471-02), Actor: Jaime Florez Anibal.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509 01(0112-09), Actor: LUIS MARIO VELANDIA.

Al respecto expresó la sentencia en cita del H. Consejo de Estado:

"(...)

**Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.**

**.... La Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.**

(...)

**Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé...**

**... Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.**

**(...) 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 pensionales.**

*Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación (...)*

**De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó 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. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento Prestacional". (Resaltado el Despacho).**

En ese orden, al encontrarse la persona cobijada en el régimen de transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse la Ley 33 de 1985, atendiendo a las tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado<sup>6</sup>, y que han sido ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación<sup>7</sup>, referidas a que se deben incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, surgiendo entonces el derecho a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular; observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros permitiendo incluir factores devengados durante el último año de prestación de servicios, y no como lo está pidiendo el Demandante al solicitar los factores devengados durante los últimos 10 años antes de adquirir el estatus, (fl. 03).

<sup>6</sup> Sección segundo. sentencia del 10 de agosto de 2010, m.p. victor Hernando Alvarado Ardila y subsección a, sentencia del 17 de agosto de 2011, M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren.

<sup>7</sup> Consejo de estado, sala de consulta y servicio civil, concepto del 16 de febrero de 2012, C.P. William Zambrano Cefina

En un caso similar, en donde el Instituto del Seguro Social reliquido la pensión de jubilación con los factores devengados durante los últimos 10 años antes de adquirir el estatus, **el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 4 de septiembre de 2014, M.P. Gerardo Arenas Monsalve**, preciso;

*A través de los actos demandados la administración no tuvo en cuenta el régimen pensional que gobernaba la situación jurídica de la actora sino que aplicó la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994, así como el Acuerdo 049 de 1990, calculando el ingreso base de liquidación con el salario de los diez años anteriores a la última fecha de cotización, razón suficiente para concluir que el reconocimiento pensional así efectuado violó el ordenamiento jurídico superior al desconocer el régimen pensional que regía la situación pensional de la actora, el cual le era más favorable a sus intereses. Lo anterior por cuanto no se necesitan mayores cálculos matemáticos para establecer que la reliquidación de la pensión de la actora tendrá un mayor valor si la misma es calculada con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios cotizados, y no con el promedio de los últimos diez años como lo realizó la entidad demandada, (Resalta el Despacho)*

Por otra parte el Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de fecha 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, frente al principio de inescindibilidad de la norma, señaló;

*" (...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales" (Resalta el Despacho)*

#### **4. De la Sentencia de Unificación del 29 de abril de 2015, emitida por la Corte Constitucional, y de su contradicción con el alcance de la sentencia C-258 de 2013;**

Este Despacho acoge lo expresado por El Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 31 de julio de 2015, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros, la Corporación, señaló;

*"En la Sentencia de Unificación del 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela (efectos inter partes), en la que se solicitó la protección del derecho a la igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital, por haber sido liquidada la mesada pensional del tutelante con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, y no con el de los percibidos en el último año de servicios en aplicación del artículo 10 de la Ley 33 de 1985. En el comunicado de prensa se dijo:*

*"A este respecto la Sala Plena **encontró eme la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.** De otro lado, resaltó que mediante auto A326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, **el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación**<sup>4</sup>."(Negrilla y subrayado fuera de texto)*

*Aun cuando es evidente que, siendo la sentencia antes citada una sentencia de unificación proferida en un proceso de tutela respecto, **no tiene efectos erga omnes sino inter partes**, razón suficiente para concluir que obliga para todos los casos, considera la Sala que además los pronunciamientos emitidos por*

la Corte Constitucional en las sentencias C258 de 2013 y SU 230 del 29 de abril de 2015 resultan contradictorias, como quiera que, contrario a lo enunciado por la Corte en el aparte transcrito, en la primera sentencia enunciada, la Corte precisó que el análisis de constitucionalidad se limitó al régimen pensional especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4<sup>o</sup> de 1992, aplicable a los Congresistas, y que dicho estudio "no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados" por dos razones: i) la acción pública de constitucionalidad tiene un carácter rogado; y ii) cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender en forma general lo considerado para el régimen especial de Congresistas. Además, dicha providencia también dejó establecido que tampoco es posible la integración con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto la demanda de inconstitucionalidad no procuraba atacar la existencia del régimen de transición"

Resalta el Tribunal Administrativo de Boyacá que "en la reciente Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015, la misma Corte desconoció su propio precedente constitucional al no existir coherencia en las providencias mencionadas, motivo por el cual es inapropiado construir una posición sólida y coherente respecto al derecho reclamado por la actora con fundamento en las dos providencias de la H. Corte Constitucional referidas.

Así las cosas, a efectos de justificar la inaplicación de la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, y continuar la Sala aplicando el precedente de Unificación emitido el 04 de agosto de 2010 por el Consejo de Estado, el alto Tribunal trae a colación el **artículo 10 del CPACA**, el cual dispone que;

*"Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicaran las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del consejo de estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**"*

Aunado a lo anterior, El Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia referida, señaló; "que de tenerse en cuenta la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 emitida por la H. Corte Constitucional, no encontraría salvaguardia el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la providencia del 04 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, por tanto, **es válido concluir que en virtud del principio fundamental de favorabilidad se continuará aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

En este orden de ideas, la sala concluye que, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos, es clara la postura de éste Tribunal en relación con la normativa aplicable al Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación de la demandante. En consecuencia, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, y por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos."

##### **5. De lo probado en el proceso;**

Está probado que el hoy Demandante:

- Ingresó al servicio público en LA CONTRALORIA DE BOYACA, desde el 10/07/75 al 08/02/82; GOBERNACION DE BOYACA, desde el 03/05/82 al 10/12/89; ALCALDIA DE TUNJA, desde el 01/06/90 al 16/05/91; MUNICIPIO DE SOCHA, del 01/06/92 al 31/12/94, (fl. 45); LOTERIA DE BOYACA, desde el 14/05/1996 al 31/05/1999, (fl. 61); DEPARTAMENTO DE BOYACA, desde el 7 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001; (fls. 55 - 56).
- Nació el día 8 de marzo de 1951. (fl.44).
- Adquirió el status jurídico para la pensión de jubilación el día 8 de marzo de 2006, (fl.50).
- Mediante la Resolución No 018614 del 15 de mayo de 2006, el ISS hoy Colpensiones, le reconoció al Demandante la pensión de jubilación, (fl. 45 a 47), efectiva a partir del 08 de marzo de 2006.
- El Accionante mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2006, reiterado el 04 de agosto de 2008, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y con la inclusión de todos los factores salariales percibidos, (fl. 50)
- Mediante Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010, el ISS hoy Colpensiones, negó las solicitudes de reliquidación antes referidas, (fls. 50 a 52)
- En el certificado de devengados acredita que el demandante devengó como factores salariales para el periodo del 18 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001; **la asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**, (fl. 55 - 56).

### 5.1. Del análisis probatorio y del caso concreto;

Del análisis individual y en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA** identificado con C.C. N° 1.113.913, adquirió el status jurídico para la pensión de jubilación el día 08 de marzo de 2006. (fl. 46)

A la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, **(1 de abril de 1994)** el señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, tenía 43 años, 00 meses y 23 días **de edad**, (nació el 08 de marzo de 1951) (fl.44). **y contaba con más de 15 años de servicios**, ya que laboró en los siguientes periodos; en LA CONTRALORIA DE BOYACA, desde el 10/07/75 al 08/02/82; GOBERNACION DE BOYACA, desde el 03/05/82 al 10/12/89; ALCALDIA DE TUNJA, desde el 01/06/90 al 16/05/91; MUNICIPIO DE SOCHA, del 01/06/92 al 31/12/94, (fl. 45); LOTERIA DE BOYACA, desde el 14/05/1996 al 31/05/1999, (fl. 61); DEPARTAMENTO DE BOYACA, desde el 7 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001; (fls. 55 - 56), razones por las cuales, de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993<sup>8</sup> el hoy Demandante se encontraba dentro del régimen de transición, y por consiguiente, le era aplicable el régimen anterior, es decir el establecido en la **ley 33 de 1985**.

El ISS hoy COLPENSIONES, reconoció al hoy Accionante, pensión de jubilación mediante la Resolución N° 018614 del 15 de mayo de 2006, en dicho acto, se señaló;

<sup>8</sup> Artículo 36; 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 encuentran afiliados.

**"que el asegurado es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por consiguiente, el reconocimiento de la pensión es viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto en el régimen anterior a la vigencia del sistema general de pensiones le era aplicable, en este caso el establecido por la ley 33 de 1985, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años de servicios al estado, 55 años de edad y un 75% como monto de la pensión.**

*Que para liquidar la pensión se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones, actualizado anualmente con el IPC, conforme a lo indicado por el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en el Decreto 1158 de 1994", (fls. 45 a 47).*

Posteriormente, el ISS mediante Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010, (fls. 50 a 52) al momento de negar la reliquidación de la pensión señaló;

**"que es preciso aclararle al asegurado que el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, respeta solamente la edad, que en este caso sería 55 años para los hombres y mujeres, el tiempo que es el periodo que la persona debe tener cotizado, que son 20 años de servicio exclusivo al estado y por último el monto que es el porcentaje de la tasa de reemplazo que es del 75% en este caso; pero la forma de realizar la liquidación y encontrar el ingreso base de liquidación, está regulado por la ley 100 de 1993" (fl. 51)**

Así las cosas, para fijar el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la pensión de jubilación del señor JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA, se debe tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, que modifica el artículo 3 de la ley 33 del mismo año;

**"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, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensorial y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, 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 liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" (Resalta el Despacho)**

En ese orden, observa el Despacho que el señor JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA, quien laboro al servicio de la CONTRALORIA DE BOYACA, desde el 10/07/75 al 08/02/82; GOBERNACION DE BOYACA, desde el 03/05/82 al 10/12/89; ALCALDIA DE TUNJA, desde el 01/06/90 al 16/05/91; MUNICIPIO DE SOCHA, del 01/06/92 al 31/12/94, (fl. 45); LOTERIA DE BOYACA, desde el 14/05/1996 al 31/05/1999, (fl. 61); DEPARTAMENTO DE BOYACA, desde el 7 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001; (fls. 55 - 56), se le reconoció la pensión de jubilación mediante la Resolución N° 018614 del 15 de mayo de 2006, en dicho acto, se señaló;

**"que el asegurado es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por consiguiente, el reconocimiento de la pensión es viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto en el régimen anterior a la vigencia del sistema general de pensiones le era aplicable, en este caso el establecido por la ley 33 de 1985, el cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años de servicios al estado, 55 años de edad y un 75% como monto de la pensión.**

*Que para liquidar la pensión se tiene en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia el sistema general de pensiones, actualizado anualmente con el IPC, conforme a lo indicado por el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en el Decreto 1158 de 1994", (fls. 45 a 47).*

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de fecha 23 de abril de 2015, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, frente al principio de inescindibilidad de la norma, señaló;

**" (...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales" (Resalta el Despacho)**

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el cálculo del ingreso base para liquidar la pensión de jubilación de quienes como el Señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, quien laboro en la CONTRALORIA DE BOYACA; GOBERNACION DE BOYACA; ALCALDIA DE TUNJA; MUNICIPIO DE SOCHA; LOTERIA DE BOYACA; DEPARTAMENTO DE BOYACA; "no son beneficiarios de un sistema especial de seguridad social, **es aplicable el artículo 3 de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 del mismo año, y no el contemplado en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, reglamentado a su vez por el Decreto 1158 de 1994**"<sup>9</sup>. (Resalta el Despacho)

Ahora bien, en relación con los factores que deben integrar el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación, la Sección Segunda, del Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en **sentencia de unificación** de fecha 4 de agosto de 2010, señaló;

**"Que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de la liquidación pensional, si no 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 servicio, (...) así como aquellos que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio". (Resalta el Despacho)**

Por lo anterior, el Despacho puede concluir que al señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, no conforme se hizo en la Resolución N° 018614 del 15 de mayo de 2006, (fls. 45 a 47), sino de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, que modifica el artículo 3 de la ley 33 del mismo año, por lo que resulta acertado ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al demandante, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario y fueron devengados en el año anterior a su retiro (fl. 56), es decir entre el 18 de enero de 2000 y el 17 de enero de 2001, esto es; **ASIGNACION BASICA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS y PRIMA DE VACACIONES**, (fls. 55 y 56), ya que los actos administrativos demandados **se encuentran viciados de nulidad**, por vulnerar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral consagrados en la Constitución Política, y contradecir el precedente de unificación antes mencionado.

Por consiguiente este Despacho procederá a **declarar la Nulidad parcial** de la **Resolución No. 018614 del 15 de mayo de 2006**, (fls. 45 a 47), mediante la cual la entidad demandada Reconoció la pensión de jubilación al demandante y la Nulidad Total de la **Resolución No. 033644 del 09 de noviembre de 2010**, (fls. 50 a 52) mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión. Y como consecuencia, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del Demandante tomando para tal efecto como factores salariales; **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**, factores salariales devengados y debidamente demostrados fl. 55-56.

## **6. De la Prescripción;**

A pesar de tratarse de una prestación considerada como periódica, pudiendo ser demandada en cualquier tiempo; también es de señalar que a los derechos laborales se les aplica el fenómeno prescriptivo trienal contados desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible, y aunque el

<sup>9</sup> TAB, Despacho N°3 de oralidad, M.P. Fabio Ivan Afanador Garcia, sentencia del 20 de noviembre de 2013.

simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente sobre el derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción, sólo opera por un lapso igual y para el caso particular, al demandante, se le reconoció la pensión de vejez efectiva a partir del 08 de marzo de 2006, y presento petición de reliquidación el día 31 de agosto de 2006, reiterando la solicitud el día 04 de agosto de 2008, y mediante Resolución N° 033644 del 09 de noviembre de 2010 la entidad demandada le negó dicha solicitud, sumado a que la demanda fue presentada el día 13 de abril de 2012, por lo que no se produjo el fenómeno de la prescripción, y en consecuencia se declarara no probada esta excepción propuesta por la entidad demandada.

## 7. De la Indexación de la Primera Mesada;

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>10</sup> ha entendido que la indexación de la primera mesada es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que, por el transcurso del tiempo, han perdido el poder adquisitivo, ello en aplicación de los principios de equidad y justicia.

Entre tanto, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la indexación de la primera mesada se origina cuando se hubiera producido una depreciación considerable del ingreso base con que ha de liquidarse la prestación y la pérdida del poder adquisitivo de ella; así se sostuvo en la sentencia cuyo aparte se transcribe;

*"Más recientemente, en Sentencia T-799 de 2007, la Sala Tercera de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional reiteró la posición que viene indicándose al señalar que para efectos de determinar la titularidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, resultaba irrelevante que la pensión tuviera origen legal o convencional, pues **el derecho implícito en esta garantía es atribuible a cualquier pensionado que hubiera sufrido los efectos negativos de la pérdida de valor adquisitivo de su pensión**. Así se refirió la Sala al punto en debate:*

*"...si en gracia de discusión se aceptara que la pensión vitalicia de jubilación reconocida al actor por la entidad accionada es de origen legal o convencional, asunto que tampoco le corresponde a la Corte entrar a definir por este mecanismo constitucional, esta condición, en criterio de esta Sala no constituye factor determinante para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, en tanto que cualquiera que sea su origen de la prestación, es evidente la vulneración del derecho fundamental a la actualización de la primera mesada pensional del actor, al debido proceso, igualdad y mínimo vital, puesto que la depreciación considerable y la pérdida del poder adquisitivo de su mesada pensional amenazan sus condiciones de vida, de forma tal que hacen necesarias medidas urgentes de protección por esta vía de la acción de tutela, a la luz de las recientes decisiones de constitucionalidad proferidas por esta Corporación en las sentencias C-862 y C-891A de 2006." (Sentencia T-799 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño)*

*La Sala precisó también que dicha interpretación era obligatoria a la luz de la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad C-862 y C-891A, ambas de 2006, que habían sido proferidas con el fin de llenar el vacío inconstitucional que impedía actualizar el valor real y monetario de las pensiones. Esta fuerza dispositiva venía impuesta -agregó la Sala- por la sentencia de unificación SU-120 de 2003, que reconoció como interpretación constitucional aquella favorable a la actualización monetaria de la primera mesada pensional.<sup>11</sup>*

Es decir, hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, cuando por efecto del paso del tiempo se ha perdido de manera ostensible y considerable su poder adquisitivo y en las anteriores condiciones, se advierte que el acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación al Demandante, (fl. 45 a 47), no ordeno los ajustes de ley a la mesada

<sup>10</sup> Ver, entre otras, las siguientes sentencias: de febrero 18 de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, abril 12 de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>11</sup> Sentencia T-012/08, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

pensional, razón por la cual se accederá a dicha pretensión.

## 8. Conclusión;

El Despacho procederá a **declarar la Nulidad parcial** de la **Resolución No. 018614 del 15 de mayo de 2006**, mediante la cual la entidad demandada Reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandante y la Nulidad Total de la **Resolución No. 033644 del 9 noviembre de 2010**, mediante la cual se niega la solicitud de reliquidación, y consecuentemente a título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del demandante en las mesadas a que tenga derecho, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, normas que deben ser interpretadas en los términos establecidos en el precedente de unificación proferido por el Consejo de Estado en el año 2010, reiterado por esa Honorable Corporación y citado en esta providencia.

En este orden de ideas, la pensión del actor deberá **reliquidarse** con la totalidad de los factores devengados en el **último año de servicios**, esto es, del 18 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001, es decir; **la asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**, factores salariales devengados y debidamente demostrados fl. 55-56.

Una vez se determine dicho valor, deberá **Reliquidarse** por parte COLPENSIONES, a título de restablecimiento del derecho, la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **8 de marzo de 2006**, fecha en la que el Demandante adquirió el status pensional.

Respecto de la solicitud de indexación de primera mesada, se accederá, habida cuenta, de la lectura detallada de la Resolución No. 0186614 del 15 de mayo de 2006, se establece que no ordeno los ajustes de ley a la mesada pensional.

De igual forma, el despacho sigue aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, y por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos.<sup>12</sup>

## 9. Del reajuste de la condena:

Se ordenara la indexación o ajuste de condenas , cuyo fundamento jurídico, ha señalado el despacho, se encuentra en el artículo 178 del C.C.A., al tenor del cual para decretar tal ajuste, se debe tomar como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.

Para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que son las diferencias pensionales dejadas de percibir por el demandante desde el **8 de marzo de 2006** fecha en la cual se iniciaron los efectos fiscales al haber adquirido el status de pensionado, puesto que en el presente caso no opero el fenómeno de la prescripción, hasta el pago de las acreencias, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

<sup>12</sup> TAB, Sentencia de fecha 31 de julio de 2015, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula antes indicada, se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses se reconocerán a partir de la ejecutoria de esta sentencia tal como lo ordena el artículo 177 del C.C.A. adicionado por el artículo 60 de la ley 446 de 1998 y atendiendo la inexecutable declarada por la Corte Constitucional en sentencia C-188 de 1999.

Así mismo atendiendo la jurisprudencia al respecto, se advierte que se ha considerado que cuando la norma determina que, en todo caso, la pensión se liquidará atendiendo los factores sobre los cuales se ha aportado, lo que se prevé es que la entidad nominadora está obligada a realizar los respectivos descuentos con destino a la entidad de previsión social, sobre los factores determinados en la ley, pero la omisión de la entidad no puede afectar el derecho del empleado, por ello en el presente caso, se dispondrá que, en el evento de que no se hayan efectuado todos los descuentos, la entidad demandada deberá proceder a ello.

No se condenará en costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A. modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en la medida en que no aparecen comprobadas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Octavo Administrativo de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE;**

**PRIMERO;** Declarar no probadas las excepciones de **INEPTA DEMANDA, FALTA DE COMPETENCIA; FALTA DE JURISDICCION; y PRESCRIPCION**, propuestas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO;** declarar la Nulidad parcial de la **Resolución No. 018614 del 15 de mayo de 2006**, mediante la cual la entidad demandada Reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandante y la Nulidad Total de la **Resolución No. 033644 del 9 noviembre de 2010**, mediante la cual se niega la solicitud de reliquidación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO;** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene al **ISS hoy COLPENSIONES**, a reliquidar la pensión de jubilación del Señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.113.913 de Paz de Rio, en las mesadas a que tenga derecho a partir del **8 de marzo de 2006**, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, con base en el criterio de interpretación establecido por el Consejo de Estado, mediante providencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, incluyendo todos los factores salariales devengados por el actor, desde el 18 de enero de 2000 al 17 de enero de 2001, es decir; **la asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones**, factores salariales devengados y debidamente demostrados, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO;** Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE al ISS hoy Colpensiones a indexar la primera mesada de la pensión de jubilación del demandante.

**QUINTO; CONDENAR** al **ISS hoy Colpensiones**, a título de restablecimiento del derecho, a **pagar** al Señor **JOSELIN ESTUPIÑAN AMAYA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.113.913 de Paz de Rio, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **08 de marzo de 2006**; ya que como se señaló, en el presente caso no opero el fenómeno de la prescripción; aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

**SEXTO:** El ISS hoy Colpensiones dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176, observando lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998 y la inexequibilidad declarada en la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

**SEPTIMO:** El ISS hoy Colpensiones deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éste no se haya efectuado la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del actor, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

**OCTAVO;** Por no haberse demostrado los presupuestos para ello, el Despacho se abstiene de hacer condena en costas.

**NOVENO:** Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

**DECIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, expídanse copias del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del C. de P. C.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GLORIA CARMENZA PÁEZ PALACIOS**  
**JUEZ**