

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 11001-33-35-009-2016-00471-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: OSCAR SALAZAR DUQUE
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por el señor Oscar Salazar Duque contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad de la **Resolución No. GNR 265306 del 8 de septiembre de 2016**, por medio de la cual Colpensiones negó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión del factor denominado ***prima de vacaciones***.

Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a Colpensiones que **i)** reliquide su pensión mensual vitalicia de jubilación con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, de conformidad con las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y 71 de 1988; **ii)** pague las diferencias entre lo que ha venido pagando por concepto de mesada pensional y lo que debió pagar al haber incluido la **prima de vacaciones** como factor salarial; y **iii)** pague las sumas adeudadas debidamente



indexadas, dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y responda por las costas procesales.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Narró que, prestó sus servicios como profesional de defensa código 3-1, grado 16, en el Ministerio de Defensa por más de 20 años, por lo que, el extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución No. 020612 del 18 de mayo de 2009, de conformidad con la Ley 33 de 1985, pero liquidada con el promedio de los 10 últimos años.

Adujo, que promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que correspondió, en primera instancia, al Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá y, en segunda instancia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F y culminó con sentencia a su favor, en la que se ordenó a Colpensiones reliquidar la mesada pensional incluyendo los factores salariales devengados en el último año, tales como **prima de actividad, subsidio de alimentación, subsidio familiar, prima de navidad y bonificación por servicios.**

Arguyó, que Colpensiones dio cumplimiento al fallo, a través de las Resoluciones Nos. GNR 14110 del 22 de enero de 2015 y GNR 127400 del 30 de abril de 2015 e incrementó la cuantía de la mesada pensional, a partir del 30 de enero de 2008.

Expuso que, mediante oficio radicado ante Colpensiones el 14 de septiembre de 2015, solicitó la reliquidación de su pensión para que se tuviera en cuenta el factor denominado **prima de vacaciones**, el cual no había sido objeto de análisis en el proceso anterior, petición que fue resuelta en forma desfavorable a través de la Resolución No. GNR 265306 del 8 de septiembre de 2016.

Insistió en que el factor ahora reclamado - prima de vacaciones - no había sido solicitado ni demandado, en consideración a que la certificación que la entidad empleadora expidió en su momento lo tituló como <<adic vacaciones>> y por ello no pudo ser valorado en el proceso; entonces, por virtud de un nuevo certificado en el que se indica que <<adic vacaciones>> realmente corresponde a la prima de vacaciones, acudió nuevamente en sede administrativa para pedir la revisión de su prestación.



1.1.3. Fundamentos de derecho.

El demandante invocó como disposiciones violadas los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política; el artículo 10 del Código Civil; la Ley 57 de 1987; el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; las Leyes 33 y 62 de 1985; la Ley 5ª de 1969 y la Ley 71 de 1988.

Adujo que, con la expedición del acto administrativo se violó la ley, toda vez que se reconoció de manera incompleta la prestación, se limitó a una enumeración taxativa de factores no aplicable al régimen ordinario de los empleados del sector oficial y con ello desestimó los derechos adquiridos; el argumento contenido en el acto administrativo para despachar de manera desfavorable lo pretendido no tiene relación con lo que se solicitó, pues la entidad no revisó lo pedido.

Citó las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985 y adujo que los factores enlistados en esta última son enunciativos, toda vez que allí se admite la existencia de otros factores, siendo necesario que las prestaciones sociales (pensión de jubilación) se liquiden tomando como base todos los factores devengados por el empleado público, atendiendo, además, al principio de favorabilidad.

Trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado en torno al tema, particularmente la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 e invocó respeto por los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral; consideró que el derecho reclamado es imprescriptible; concluyó que, la pensión de jubilación debe liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados por el trabajador como causa directa o indirecta de su vinculación laboral y solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda en el sentido de ordenar la inclusión de la prima de vacaciones en la base de liquidación pensional.

1.1.4. Escrito de contestación.

La apoderada de la entidad demandada adujo que al momento de liquidar la pensión de jubilación del demandante tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de actividad, el subsidio de alimentación, el subsidio familiar, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de navidad, pero no incluyó la prima de vacaciones, toda vez que dicho factor no fue ordenado en la sentencia del 6 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá y que fue confirmada y adicionada por el Tribunal Administrativo



de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F mediante sentencia del 20 de febrero de 2013.

Insistió, en que la orden judicial fue reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios y así lo hizo la entidad, por lo que, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Explicó que, para determinar los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión es importante remitirse al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario el demandante, lo que le permite pensionarse con el régimen anterior al cual se encontraba afiliado y a la posición jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional a través de las Sentencias SU-230 de 2015 y C-258 de 2013 y por el Consejo de Estado, mediante la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, según la cual se deben incluir solamente aquellos factores sobre los cuales cotizó, como lo hizo la entidad demandada.

Con fundamento en lo expuesto, consideró que se configura la *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir* y resultan improcedentes las condenas en su contra y, adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

- 1. Cosa juzgada:** realizó un cuadro comparativo entre el proceso identificado con el radicado No. 11001333101220110024801 y el que se tramita ante este Despacho bajo el No. 11001333500920160047100 y concluyó que existe identidad de pretensiones e identidad de causa, al considerar que los dos procesos se dirigen a obtener la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales devengados, sin que exista un hecho sobreviniente que permita la práctica de nuevas pruebas y la presentación de nuevas reclamaciones.
- 2. Inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones:** argumentó que los actos administrativos acusados fueron expedidos en cumplimiento de una orden judicial, por lo que no resulta procedente una nueva demanda para su modificación.
- 3. Cobro de lo no debido:** alegó que no adeuda suma alguna por concepto de lo aquí reclamado.



4. **No configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno:** como consecuencia de las excepciones ya propuestas, a su juicio, al demandante no le asiste derecho a percibir corrección monetaria alguna; sin embargo, solicitó que se tenga en cuenta que la indexación y los intereses son excluyentes.
5. **No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria:** precisó que, comoquiera que no se adeuda suma alguna por concepto de reliquidación pensional, tampoco resulta procedente el reconocimiento de intereses moratorios.
6. **Buena fe de Colpensiones:** señaló que la entidad ha actuado de buena fe y en cumplimiento de la legislación vigente.
7. **Presunción de legalidad de los actos administrativos:** expuso que los actos administrativos acusados fueron proferidos con fundamento en la documentación que reposa en la entidad, con el lleno de los requisitos legales para su expedición y gozan de presunción de legalidad.
8. **Prescripción:** la propuso respecto de cualquier derecho que se hubiese causado en favor del actor y que se encuentre cobijado por dicho fenómeno.
9. **No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público:** la invocó en atención a que el artículo 48 de la Constitución Política establece que no podrán destinarse los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, por lo que resultaría contrario a dicho precepto ordenar el pago de costas y agencias en derecho.
10. **Innominada o genérica:** solicitó que el Despacho declare cualquier excepción que pueda encontrar probada.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 4 de noviembre de 2016 y mediante proveído del 6 de marzo de 2017 se dispuso su remisión a la jurisdicción ordinaria laboral, por considerar



que su vinculación laboral fue en calidad de trabajador oficial (archivo 6 – cuaderno principal 1 - digitalizado por el contratista – págs. 8).

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 14 de diciembre de 2017, se abstuvo de asumir conocimiento y propuso conflicto negativo de competencia (archivo 7 – cuaderno principal 1 - digitalizado por el contratista – págs. 2), el cual fue desatado por el Consejo Superior de la Judicatura con decisión del 14 de agosto de 2019 asignando el conocimiento a este Despacho que, mediante auto del 5 de noviembre de 2019 dispuso la admisión de la demanda (archivo 7 – cuaderno principal 1 - digitalizado por el contratista – págs. 7).

Mediante providencia del 19 de octubre de 2021, se advirtió que las excepciones mixtas de cosa juzgada y prescripción se resolverían en la sentencia que pone fin a la controversia (archivo 74 – cuaderno principal 2); y con auto del 10 de mayo de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (archivo 78 – cuaderno principal 2).

1.2.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, las partes rindieron escritos de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

El apoderado del demandante describió el término para alegar de conclusión y en su escrito se ratificó en las pretensiones de la demanda así: *<<que se ordene a la entidad demandada, efectuar una nueva liquidación de la pensión incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, ello de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables al caso, es decir las Leyes 33 y 62 de 1985>>*.

Consideró que, con la expedición del acto administrativo acusado se viola la ley al reconocer de manera incompleta la prestación; la entidad se limitó a exponer una enumeración taxativa de normas que no son aplicables al régimen ordinario de los empleados públicos del sector oficial y desconoció que la finalidad del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es proteger la protección de ciertos derechos, como el de acudir a las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985 para el reconocimiento y liquidación pensional.



Insistió en que el listado de factores salariales previsto en la Ley 62 de 1985 no es taxativo sino enunciativo, sin que sea dable desconocer los derechos del demandante por un error del empleador al no efectuar aportes sobre todos los devengados.

Solicitó que no se dé aplicación a la Sentencia SU-230 de 2015, bajo los mismos argumentos que tuvo en cuenta el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2016 para no acogerla y que se mantenga la interpretación adoptada por esta última Corporación en sentencia del 4 de agosto de 2010.

Adujo que, no resulta procedente ordenar descuentos para pensión por toda la vida laboral en consideración a que el Estatuto Tributario prevé un término de prescripción de cinco (5) años de la acción de cobro sobre aquellos aportes que el empleador omitió efectuar.

Finalmente, pidió que, si la reliquidación que se ordena arroja una mesada pensional menor a la que actualmente devenga, por principio de favorabilidad, se mantenga la actual, para evitar el detrimento de la mesada y la vulneración al mínimo vital.

1.2.1.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

La apoderada de la entidad demandada reiteró que la prestación del demandante está reliquidada conforme lo ordenó el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá y lo confirmó parcialmente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión.

Se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación relacionados con la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso concreto; solicitó que se declare la prosperidad de la excepción denominada *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir*, que se tenga en cuenta que las actuaciones de la entidad se han desplegado de buena fe y que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.



II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si el señor Oscar Salazar Duque tiene derecho a que Colpensiones reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la **prima de vacaciones** como factor salarial computable devengado durante el último año de servicios, sin afectar las condiciones actuales de la mesada pensional y de ser así, si resulta procedente ordenar la indexación de la condena y el pago de intereses moratorios.

2.2. De lo acreditado en el proceso

2.2.1. Resolución No. 020612 del 18 de mayo de 2008, por medio de la cual el extinto ISS reconoció pensión de jubilación en favor del demandante, de conformidad con la Ley 33 de 1985 (archivo 28 – cuaderno principal 1).

2.2.2. Sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá el 6 de febrero de 2012, en la cual se ordenó, entre otras, la reliquidación de la pensión del demandante con el 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, es decir, entre el 14 de octubre de 2007 y el 13 de octubre de 2008 incluyendo, además de la asignación básica, <<**la prima de actividad, subsidio de alimentación, subsidio familiar y seguro subsidiado**>> (resaltado por el Despacho) (archivo 23 – cuaderno principal 1 – pág. 22).

2.2.3. Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, el 20 de febrero de 2013, por medio de la cual modificó la sentencia proferida por el Juzgado 3º en el sentido de ordenar la reliquidación con la inclusión de <<(…) *asignación básica, prima de actividad, subsidio de alimentación, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad*>>, devengados por el demandante durante el último año de prestación de servicios (archivo 23 – cuaderno principal 1 – pág. 47).

2.2.4. Certificación expedida por el coordinador Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional, el 22 de enero de 2014, en donde consta



que el demandante devengó durante el último año de servicios (archivo 30 – cuaderno principal 1):

CONCEPTO	Febrero 2007	Marzo 2007	1 al 11 de Abril de 2007	30 Mayo de 2007
SUELDO BÁSICO POR 30 DIAS	1.898.303,00	1.898.303,00	696.044,43	63.276,77
PRIMA ACTIVIDAD CIVILES	626.439,99	626.439,99	229.694,66	20.881,33
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	32.071,00	32.071,00	11.759,36	1.069,03
SUBSIDIO FAMILIAR	569.490,90	569.490,90	208.813,32	18.983,03
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS	664.406,05			
ADIC VACACIONES	1.563.152,44			
ADIC BONIF RECRE	126.553,53			
TOTAL DEVENGADO	5.480.416,91	3.126.304,89	1.146.311,77	104.210,16

- 2.2.5.** Resolución No. GNR 14110 del 22 de enero de 2015, por medio de la cual Colpensiones dio cumplimiento a las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá el 6 de febrero de 2012 y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión el 20 de febrero de 2013 y, en consecuencia, reliquidó la pensión de jubilación del demandante con el cómputo de la asignación básica mensual, la prima de actividad, el subsidio de alimentación, el subsidio familiar, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios prestados y la prima de navidad, a partir del 30 de enero de 2008 (archivo 18 – cuaderno principal).
- 2.2.6.** Certificación expedida el 13 de marzo de 2015, en la cual consta que el demandante devengó **prima de vacaciones** durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de enero de 2008 (archivo 30 – cuaderno principal 1 – pág. 6).
- 2.2.7.** Resolución No. GNR 127400 del 30 de abril de 2015, por medio de la cual Colpensiones ordena el pago de la indexación e intereses moratorios al demandante en cumplimiento de las órdenes judiciales citadas en los numerales 2.2.2. y 2.2.3. de este acápite (archivo 12 – cuaderno principal 2).
- 2.2.8.** Petición radicada por el apoderado del demandante el 14 de septiembre de 2015 bajo el No. 2015_8603046, dirigida a Colpensiones, por medio de la cual persigue la reliquidación pensional con la inclusión de la **prima de**



vacaciones como factor salarial (archivo 1 – cuaderno principal – digitalizado por el contratista – pág. 14).

2.2.9. Resolución No. GNR 265306 del 8 de septiembre de 2016, a través de la cual Colpensiones da respuesta a la solicitud de reliquidación pensional radicada por el demandante bajo el No. 2015_860346 del 14 de septiembre de 2015, en el sentido de informar que, por medio de actos administrativos expedidos con anterioridad se dio cabal cumplimiento a lo ordenado por autoridad judicial competente y, por tanto, no accede a lo pedido (archivo 14 – cuaderno principal 2).

2.3. De las excepciones previas

Como se advirtió en el auto del 19 de octubre de 2021, por ser esta la oportunidad procesal correspondiente, procede el Despacho a pronunciarse respecto de la excepción mixta de **cosa juzgada**, propuesta por la entidad demandada en su escrito de contestación.

La entidad demandada propuso la excepción de **cosa juzgada** bajo el entendido que, existe identidad de partes, de pretensiones y de causa, entre el proceso que se adelantó bajo el radicado No. 11001333101220110024800 y el actual proceso 11001333500920160047100, toda vez que en los dos el señor Oscar Salazar Duque demanda de Colpensiones la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, sin que exista un hecho sobreviniente que permita la práctica de una nueva prueba o reabrir el debate en sede administrativa y judicial.

Al recorrer el traslado de las excepciones, el apoderado de la parte actora explicó que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia pensional el efecto de cosa juzgada es relativo y que, lo pretendido no es la reliquidación con todos los factores, sino la inclusión de **prima de vacaciones** en el ingreso base de liquidación – IBL.

El artículo 303 del CGP, consagra la cosa juzgada, así:

<<La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son



sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión>>.

Adicionalmente, ha sido definida como una institución jurídica procesal que busca otorgar a las decisiones judiciales un carácter definitivo, inmutable y vinculante y dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, a las partes y a la comunidad¹; y como quedó visto de la norma en cita, exige para su configuración que exista identidad de objeto, causa y partes.

Sin embargo, ya de tiempo atrás, la Sección Segunda del Consejo de Estado² ha dicho que, *<<la cosa juzgada frente a los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa que declaren la anulación de actos administrativos, es relativa porque se predica solo frente a la causal de nulidad alegada, razón por la cual, si el cargo es distinto, se puede acudir nuevamente ante el juez>>* y, particularmente, cuando se trata de derechos pensionales precisó que, por ser una prestación periódica, el demandante puede solicitar la reliquidación de su mesada pensional, cuántas veces quiera ante la administración y la jurisdicción previo el agotamiento de los recursos correspondientes, pues no existe cosa juzgada respecto de las mesadas causadas con posterioridad a la firmeza de la sentencia condenatoria respecto de la cual se predica la cosa juzgada³.

Posición que ha sido reiterada por la misma Corporación en sentencia reciente⁴, en los siguientes términos:

<<[S]olo es posible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto. [...] [E]sta Corporación ha precisado que «el principio de cosa juzgada puede relativizarse en los casos donde se pretenda el reconocimiento y pago de un derecho que afecte una prestación periódica como lo son las pensiones, como quiera que las decisiones contrarias a las reclamaciones de los asociados, tan solo producen efectos vinculantes respecto de las mesadas que ya fueron objeto de la decisión, mas no frente a las demás que se causen con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia» [...] [E]sta Corporación ha entendido que los pensionados deben considerarse como personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2016, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, proferida dentro del proceso No. 11001031500020160035600.

² Providencia proferida el 14 de abril de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 11001032500020140079400.

³ Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 13 de mayo de 2015 expediente: 25000-23-42-000-2012-01645-01 (0932-2014)

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, con ponencia del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del proceso No. 25000234200020160077801.



aplicación de las normas constitucionales y legales debe ir encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales de estos. Por tal razón, es pertinente concluir que en asuntos como el presente no puede hablarse de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada material en estricto sentido, sino que, por el contrario, esta debe relativizarse en procura del cumplimiento de los principios constitucionales. [...] [L]a Sala considera que en el asunto bajo estudio se configura el fenómeno de la cosa juzgada de manera parcial, puesto que, la pensión de la demandante fue liquidada por orden judicial, con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional. Decisión judicial que está amparada por la cosa juzgada y en consecuencia resulta inmodificable y definitiva>>.

Bajo esta óptica, al analizar el caso concreto, el Despacho encuentra que, según la información contenida en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá el 6 de febrero de 2012, dentro del proceso con radicado No. 11001333101220110024800, las pretensiones que originaron dicha controversia estuvieron encaminadas a obtener de **Colpensiones** la reliquidación de la pensión de jubilación del señor **Oscar Salazar Duque** con el **75% de la totalidad de factores salariales devengados** durante el último año de prestación de servicios, esto es, **la prima de actividad, el subsidio de alimentación, el subsidio familiar, la prima de navidad, y la bonificación por servicios.**

Dicha controversia finalizó con la decisión proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión el 20 de febrero de 2013, en la cual se ordenó a **Colpensiones** la reliquidación de la referida prestación con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es, con la inclusión de la asignación básica, la prima de actividad, el subsidio de alimentación, el subsidio familiar, la bonificación por servicios, la prima de servicios y la prima navidad.

Ahora bien, como quedó definido en la fijación del litigio, con el actual proceso el señor **Oscar Salazar Duque** pretende que **Colpensiones** reliquide su pensión de jubilación, pero con la inclusión de la **prima de vacaciones**, la cual no fue objeto de pronunciamiento en el anterior proceso.

Entonces, es claro que existe identidad de partes, de objeto y de causa, pues en los dos asuntos es el señor **Salazar Duque** quien demanda de **Colpensiones** la **reliquidación de su pensión de jubilación** con la inclusión de factores salariales que no fueron tenidos en cuenta; sin embargo, siguiendo el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado ya anotado, al tratarse de una prestación periódica, la institución jurídica de la cosa juzgada se relativiza permitiendo que el juez natural pueda volverse



a pronunciar, por lo que esta Sede Judicial negará la configuración de la excepción mixta y procederá a resolver de fondo la litis.

Máxime si se tiene en cuenta que, la inclusión de la **prima de vacaciones**, ahora reclamada, no fue objeto de pronunciamiento expreso en el proceso que ya finalizó y que, además, el acto administrativo ahora acusado, esto es, la Resolución No. GNR265306 del 8 de septiembre de 2016, es un acto administrativo nuevo y diferente al que fue demandado en el proceso anterior, que a la fecha no ha sido declarado nulo y que resolvió de fondo nuevas pretensiones relacionadas con la inclusión de la **prima de vacaciones** en el IBL pensional y formuladas en una petición que se radicó con posterioridad al cumplimiento de las órdenes judiciales ya citadas.

2.4. Del régimen pensional aplicable al demandante y la forma de establecer el IBL de la prestación

Para dilucidar la problemática planteada es importante precisar que, de conformidad con lo previsto en el inciso **2.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, tiene derecho a que los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto para establecer la pensión de jubilación, sean los previstos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Entonces, en cumplimiento de dicho régimen de transición y conforme a las disposiciones aplicables la entidad demandada reconoció pensión de jubilación al demandante bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, régimen general de pensiones vigente para empleados públicos con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Ley 100, sin que exista discusión respecto de ello. En lo que radica la inconformidad es en la forma en que se estableció el IBL de la prestación, aspecto que se abordará enseguida.

Este Despacho ha seguido la línea jurisprudencial del **Consejo de Estado**, fijada anteriormente con sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 reliquidando las pensiones de jubilación adquiridas en virtud de lo dispuesto en el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la inclusión de **todos los factores salariales devengados** por los trabajadores **en el último año de prestación de servicio**.

Sin embargo, para la **Corte Constitucional**⁵, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) a tener en cuenta o a aplicar es el contenido en el inciso 3.º del precitado artículo, el cual prevé:

<<(…)

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

(…)>>

Esta diferencia entre las Altas Cortes, se zanjó con la **sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, de 28 de agosto de 2018**⁶, en la que adopta la siguiente postura:

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

Lo anterior se guía por las siguientes subreglas expuestas por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

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

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

(…)

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

⁵ Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y la sentencia SU-298 de 2015 con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01 con Ponencia del doctor César Palomino Cortés.



Así las cosas, las subreglas prescritas por el Consejo de Estado indican tanto el período para liquidar la pensión, como los factores a tener en cuenta para realizar la liquidación y en ésta última especifica que serán aquellos sobre los cuales se realizaron los aportes o las cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Respecto a la segunda subregla, basa su argumento en el principio de solidaridad, fundamental en el Estado Social de Derecho, previsto en el artículo 1.º de la Constitución Política, en concordancia con lo señalado en el artículo 48 constitucional, en el que se define a la seguridad social.

Aunado a lo anterior, la Ley 100 de 1993, en el artículo 2.º explica que consiste en *<<...la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil>>*.

El Consejo de Estado indica que la interpretación que más se ajusta al principio de solidaridad, es aquella en la que en el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, solo se pueden incluir como elementos salariales en la liquidación de la mesada pensional, los factores sobre los cuales haya realizado el aporte o cotización.

En igual sentido, de conformidad con el artículo 48, adicionado con el **Acto Legislativo 01 de 2005**, la pensión se adquiere al cumplir la edad y el tiempo de servicio o las semanas de cotización, teniendo en cuenta como factores aquellos sobre **los cuales realizó las cotizaciones**.

Ahora bien, estas subreglas han sido acogidas por la misma Corporación en sentencias recientes al constituir precedente vinculante y obligatorio, siendo del caso citar, por ejemplo, la sentencia del 2 de diciembre de 2021⁷, en donde concluyó:

<<En suma, acorde con lo expuesto, el IBL para las personas que se encuentran en el régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda y con los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985».

(...)>>

⁷ Sección Segunda, Subsección A, sentencia proferida dentro del proceso 05001233300020160007101, con ponencia del consejero Gabriel Valbuena Hernández.



En suma, los factores salariales a tener en cuenta para establecer el IBL de las prestaciones que se reconocen con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985, por virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aquellos sobre los cuales el trabajador cotizó de conformidad con el listado previsto en el Decreto 1158 de 1994⁸.

2.4.1. Caso concreto

Está probado y no existe discusión en que el demandante actualmente devenga una pensión de jubilación, reconocida de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 y liquidada, por orden judicial, con los factores salariales de **asignación básica, prima de actividad, subsidio de alimentación, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad**, devengados entre el 30 de enero de 2007 y el 30 de enero de 2008, último año de prestación de servicios como empleado público, según información contenida en la Resolución No. GNR 14110 del 22 de enero de 2015, por medio de la cual Colpensiones dio cumplimiento a las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado 3º Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá el 6 de febrero de 2012 y, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión el 20 de febrero de 2013 (archivo 18 – cuaderno principal).

También está acreditado, con certificación expedida por la coordinadora del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional que, durante el mismo periodo (enero de 2007 a enero de 2008) devengó el factor denominado **prima de vacaciones** (archivo 30 – cuaderno principal – pág. 6; sin embargo, dicho factor no se encuentra enlistado en el Decreto 1158 de 1994, como computable para el reconocimiento pensional y no está acreditado que sobre el mismo se haya efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que, no resulta procedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues recuerda el Despacho que, conforme a la

⁸ <<Por el cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994>>
ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización;

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;



nueva posición jurisprudencial del Consejo de Estado, el IBL de las pensiones debe corresponder únicamente a lo efectivamente **cotizado** por el trabajador.

2.5. **Condena en costas**

Finalmente, pese a que conforme a los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, el Despacho no condenará por éstas a la parte actora porque el cambio jurisprudencial en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo se produjo después de iniciado este proceso y la buena fe, como confianza legítima, ampararon el proceder de la parte ahora desfavorecida con la nueva línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de **cosa juzgada** formulada por la entidad demandada, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: En los términos y para los efectos del poder allegado con el escrito de alegaciones finales, se **RECONOCE** personería a la abogada **AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.713.048 y portadora de la T.P. 67.612 del C.S. de la J., como apoderada en sustitución de la entidad demandada (archivo 84). **NO SE ACEPTA** la renuncia de poder presentada por la abogada **YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS** y que fue allegada mediante correo electrónico del 7 de julio de 2022, toda vez que la profesional del derecho no funge como apoderada en el presente proceso.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co



calnafabogados.sas@gmail.com

amandazcoordinadoracalnaf@gmail.com

acopresbogota@gmail.com

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

SEXTO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GIOVANNI ANDRÉS CEPEDA SANABRIA

Juez

Firmado Por:

Giovanni Andres Cepeda Sanabria

Juez

Juzgado Administrativo

009

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e555e687bd9834e38ebe80b9fd8abb4a656ca4d314f1ce376aef2f7606e6a0d3**

Documento generado en 27/07/2022 11:34:20 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>