



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

RADICADO	11001-3335-012-2015-00244-00
DEMANDANTE	NUBIA GIL SÁNCHEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —EN ADELANTE COLPENSIONES—

**ACTA N° 00451- 17**  
**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**  
**(ART. 182 DEL CPACA)**

En Bogotá D.C. seis (06) de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las dos y treinta de la tarde (02:30 P.M.), fecha y hora previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce (12) Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio de su Secretario ad-hoc constituyó en audiencia pública el recinto de la Sala 41 de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes **INTERVIENTES**:

**1.1** Dr. DANIEL FELIPE MOYANO AVILA, en calidad de apoderado judicial de la parte demandante.

**1.2** En representación de la parte demandada se hace presente el doctor MARIA EFRAIN ARMANDO LÓPEZ AMARIS, quien igualmente aporta sustitución de poder.

**I. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

**De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.**

**II. SENTENCIA**

**1. CUESTION PREVIA**

Es de indicar que junto al escrito de contestación de la demanda el apoderado de COLPENSIONES aportó copia de la Resolución GNR 33728 del 1 de febrero de 2016, con la cual reconoció una pensión de vejez a la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ, consecuencia de un fallo de tutela dictado por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá bajo el proceso de radicación 2015-00756, en cuyo caso amparó el derecho fundamental de petición que se halló vulnerado por la omisión al deber legal de dar respuesta a una petición del 21 de abril de 2015.

Al respecto, el Despacho tendrá en cuenta los efectos que pueda generar el mencionado acto administrativo de reconocimiento, sin embargo ello no impide efectuar el control de legalidad de los actos administrativos que en este proceso se

144

*demandan, pues es claro que los mismos han producido unos efectos desde cuando fueron expedidos y de prosperar las pretensiones, debe restablecerse el derecho. Además que lo dispuesto en la reciente decisión es tan solo un ilusorio al derecho que le asiste a la demandante, como se indicará más adelante.*

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

*Son tres los problemas jurídicos que debe resolver el Despacho:*

*En primero, consiste en dilucidar si la señora Nubia Gil Sánchez, por el hecho de ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 podía trasladarse al RAIS y regresar al de prima media sin perder los beneficios que este último le otorga y el régimen anterior al que se encontraba afiliada.*

*El segundo problema jurídico se circunscribe en establecer si la demandante cumple los requisitos para que COLPENSIONES le reconozca una pensión de jubilación al amparo de los requisitos contenidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.*

*El tercer problema jurídico a resolver consiste en determinar si el ingreso base de liquidación de las pensiones de quienes sean beneficiarios del régimen de transición, es el que prevé el régimen anterior al que se accede por la transición aplicado en su integridad, o si por el contrario, tal aspecto se determina al amparo del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

## **3. TESIS DEL DESPACHO**

*Frente al primero de los problemas jurídicos que se plantearon en precedencia, el Despacho considera que por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición al acreditar 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, estaba facultada legalmente para trasladarse libremente de régimen pensional y volver al régimen de prima media con prestación definida.*

*Relativo al segundo problema jurídico, el Despacho al valorar las pruebas documentales aportadas, encuentra que al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93 y en el marco del régimen pensional contenido en la Ley 33/85, acreditó 20 años de servicio el 30 de abril de 1996 y 55 años de edad el 23 de julio de 2008, con los cuales, el entonces Seguro Social debió pagarle una pensión de jubilación desde el 24 de julio de 2008 y no excusarse en la afiliación que ella tuvo en los años 2000 y 2001 con COLFONDOS, en tanto la demandante podía trasladarse al RAIS y devolverse al de prima media cuando quisiera sin perder los beneficios de éste último.*

*En lo que concierne al tercer problema jurídico el Despacho considera que de ser la demandante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93, es procedente que se aplique el régimen anterior en su integridad, con lo cual el aspecto relativo al monto hace parte del ingreso base de liquidación y la pensión debe liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, entendiéndose que los factores consagrados en la Ley 62/85 no son taxativos sino simplemente enunciativos. Ello conforme a la sentencia de unificación dictada por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el 4 de agosto de 2010 y apartándose de los pronunciamientos de otras Cortes que impiden la realización del derecho a la seguridad social de la demandante, que por cierto ha sido bastante resquebrajado al no ser reconocida la pensión de manera oportuna.*

#### 4. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

##### 4.1. LA UNIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL AUTORIZADA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1991 Y EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSAGRADO EN LA LEY 100/93.

*En el marco de la situación fáctica que involucra el objeto litigioso, en este numeral el Despacho expondrá los fines por los cuales desde la Constitución de 1991 el Constituyente confirió competencia al Legislador para desarrollar el derecho a la seguridad social, la naturaleza de los dos regímenes pensional que surgieron con ocasión a la Ley 100/93 y finalmente las implicaciones que tiene el régimen de transición si el beneficiario accedió a él por acreditar 15 años de servicio —mujeres y hombres— o si por el contrario el derecho surgió por acreditar 35 si es mujer o 40 si es hombre.*

*En términos del artículo 48 de la Carta Política, la seguridad social se erige como un servicio público de carácter obligatorio cuya prestación, coordinación y control está a cargo del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, **en los términos que establezca la Ley.***

*Teniendo en cuenta la reserva legal que el Constituyente impuso desde 1991, el Legislador quedó habilitado para configurar el Sistema de Seguridad Social que hasta ese entonces estaba desarrollado en distintos regímenes, parte de ellos especiales y porque no decir desproporcionados e injustificados, motivo por el cual, en el año 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral mediante la Ley 100/93, cuyas bases están sentadas bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Con esta norma se derogaron todos los regímenes vigentes hasta su entrada en vigencia que lo fue para el orden nacional el 1 de abril de 1994 y para el territorial el 30 de junio de 1995.*

*Bajo ese marco, en el artículo 10 ibidem, el Sistema de Seguridad Social en pensiones, ha tenido como objetivo garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que allí se determinan, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los sectores de la población no amparados con un sistema de pensiones. Para el cumplimiento de la mencionada finalidad, se estructuraron dos regímenes “solidarios excluyentes, pero que coexisten a saber:”*

*Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida, el cual, obedece al método de financiamiento de pensiones que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 100/93, y comprende un fondo común de naturaleza pública integrado por los aportes realizados por cada uno de los afiliados al sistema. En este régimen, el derecho a la pensión se adquiere cuando el afiliado cumpla los requisitos de edad y número de semanas cotizadas exigidas por la ley<sup>1</sup>. Y por otro, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad el cual corresponde a un sistema en que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual del afiliado, administrado por los Fondos de Pensiones y el derecho de acceder a la pensión se adquiere con base en el capital depositado en la respectiva cuenta, sin que le sea exigible requisito de edad o tiempo de cotización<sup>2</sup>.*

*Como consecuencia del tránsito legislativo que tendría lugar con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, el legislador previó una posible afectación en la confianza legítima de aquellos afiliados que se encontraban próximos a*

<sup>1</sup> Artículos 31 y 32.

<sup>2</sup> Artículos 59 y 60

pensionarse conforme a las reglas anteriores a la expedición del nuevo Sistema. Por este motivo, el artículo 36 del citado ordenamiento creó el régimen de transición con el objetivo de “salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (...) evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”<sup>3</sup>.

En lo que interesa al traslado de régimen del que pudieran hacer los beneficiarios del régimen de transición, el artículo 36 en los incisos 4 y 5 previó lo siguiente:

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

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

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

(...)

**Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002.** Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

**Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002.** Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

(...)

El régimen de transición sería aplicable a tres categorías de trabajadores que para el 1 de abril de 1994 acreditaran: i) tener treinta y cinco (35) o más años de edad en el caso de las mujeres, ii) tener cuarenta (40) o más años de edad en el caso de los hombres o, **iii) independientemente de la edad, tuvieran 15 años o más de servicios cotizados en el sistema.**

Los incisos 4 y 5 del artículo 36 —que se acaban de citar— implementaron la posibilidad de perder los beneficios adquiridos del régimen de transición de presentarse cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro

<sup>3</sup> Sentencia C- 663 de 2007

individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida<sup>4</sup>. De conformidad con el inciso 4, tales circunstancias sólo le son aplicables a los hombres y a las mujeres que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93 (1 de abril de 1994 y/o 30 de junio de 1995), tuvieran como mínimo 40 y 35 años respectivamente. En consecuencia, las reglas antes mencionadas no le son aplicables a los trabajadores que para el 1 de abril de 1994 hubieren cotizado por 15 años o más en el sistema, quienes podrán trasladarse del régimen pensional sin perder los beneficios del régimen de transición.

Tal como se indica en la cita normativa, los mencionados incisos 4 y 5 del artículo 36 fueron objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional quien a través de la Sentencia C-789 de 2002 los declaró exequibles tras concluir que con fundamento en los principios de proporcionalidad, los incisos 4 y 5 del artículo 36, no podrían ser aplicados para aquellos trabajadores que para el 1 de abril de 1994 acreditaran haber cotizado 15 años o más de servicios, pues estos, a diferencia de los trabajadores que son beneficiados del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad, habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión, evitando con ello que los beneficiarios del régimen de transición por edad, con aportes bajos al sistema y habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores que, con un alto nivel de fidelidad al sistema hubieren cotizado por 15 años o más<sup>5</sup>.

Siendo así las cosas, la Corte declaró la constitucional condicionada de la disposición demandada, en el entendido que su contenido sólo le es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad. Bajo ese entendido, los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados podrán trasladarse libremente de régimen pensional y volver al régimen de prima media con prestación definida, haciendo efectivo su pensión de acuerdo al régimen de transición, siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones: “(i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media pues el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”<sup>6</sup>.

#### **4.2. REGIMEN PENSIONAL AL QUE ACCEDIÓ LA DEMANDANTE POR CUENTA DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100/93.**

Como ya se expresó, el Legislador el artículo 36 de la Ley 100/93 trató de evitar en las personas que hasta ese entonces contaban con una expectativa creó el régimen de transición que posibilitaba a quienes acreditaran determinados requisitos pudieran pensionarse con los requisitos del régimen anterior al que se encontraban afiliados. Dicha prerrogativa ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

<sup>4</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 36 “...Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen... Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

<sup>5</sup> Sentencia SU-130 de 2013

<sup>6</sup> Sentencia C- 789 de 2002

De conformidad con dicho artículo, los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la prestación de vejez, para aquellas personas que al entrar en vigencia la ley 100 de 1993<sup>7</sup> (1 de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio de 1995 para el orden territorial) tuvieran 35 o 40 años como mínimo (caso primero el de las mujeres, caso segundo el de los hombres), **o un mínimo de 15 años de servicio cotizados (para todos)**, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Se precisa entonces, que si el pensionado es beneficiario del régimen de transición, habida consideración a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, **el régimen anterior que lo cobija se aplicará en su integridad.**

Así pues, entre las leyes que se hallaban vigentes a la fecha en que entró a regir la Ley 100/93, encontramos el régimen pensional previsto en la Ley 33/85, modificada por la ley 62/85, las cuales señalan los siguientes requisitos para que un empleado oficial acceda al reconocimiento de la pensión de jubilación. Veamos:

*“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*

*Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

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

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

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

Según la norma en cita el “monto de la pensión” es **“equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.”**. Esta frase ha generado controversia sobre la base de dos interpretaciones:

<sup>7</sup> **ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones.** El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

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

- Que el “**monto de la pensión**” se refiere únicamente al porcentaje consagrado en el régimen anterior (75%), y el ingreso base de liquidación se establece según las prescripciones de la ley 100 de 1993.
- Que el “**monto de la pensión**”, incluye tanto, el porcentaje como la base de liquidación entendida como la sumatoria de todos los factores que la conforman.

Esta discusión ha sido afrontada en forma reiterada por el Consejo de Estado y culminó con una sentencia de unificación<sup>8</sup>, donde la Sala Plena señaló: **“cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación...”**, criterio acogido en forma unánime por la jurisprudencia de la Sección Segunda.

No obstante, recientemente a través de la sentencia SU-230 de 2015 la controversia fue retomada por efecto de la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013 donde se declaró la improcedencia de aplicar el ingreso base de liquidación (monto) por efecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

#### 4.2.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU 230 DE 2015.

La sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución<sup>9</sup>.

Esta interpretación de la transición de la ley 100, efectuada por la Corte se había concebido en la C-258 de 2013 los congresistas, y posteriormente, con la SU-230 de 2015 se generaliza este criterio para todas las pensiones anteriores a 1 de abril de 1994, pretendiendo constituirse en un precedente obligatorio.

La interpretación de la Corte significa para efectos prácticos, que las pensiones del régimen de transición se deben liquidar con el promedio de los últimos 10 años, - como lo dispone la Ley 100-, y no con el promedio del último año como lo indica el régimen pensional general de los servidores públicos; y en cuanto a “factores para determinar el ingreso base de liquidación”, únicamente se incluyen los contemplados en el D.1158/94, siempre y cuando sobre los mismos se hubieren efectuado aportes al Sistema.

Tal situación conllevó a que el H. Consejo de Estado profiriera la sentencia con criterio de unificación del 25 de febrero de 2016<sup>10</sup> donde expuso las razones<sup>11</sup> que

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA, Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL NOTA DE RELATORIA: Este sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda y unifica el criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013, Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON, AUTORIDADES NACIONALES,

<sup>10</sup> *ibid*

<sup>11</sup> La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales

sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso de las pensiones del régimen de transición.

*En esta decisión judicial el Máximo Organo de Cierre ante esta Jurisdicción hace ver que la sentencia C- 258 de 2013 que sirvió de fundamento a la sentencia SU 230 de 2015 no creó un precedente para todos los regímenes especiales aplicables en virtud de la transición, sino que fue específica para los congresistas, reiterando su criterio histórico:*

*"...el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013"*

*Al ponderar los principios de seguridad jurídica y validez del precedente jurisprudencial el Consejo de Estado dirimió esta situación **recalcando que los efectos de las sentencias de constitucionalidad son ex tunc**, es decir que la aplicación de la SU-230 de 2015 no puede hacerse extensiva a los procesos radicados con anterioridad, pues existía una decisión de unificación del Consejo de Estado asimilable a una norma jurídica formal que ampara hasta que no sea derogada.*

*Este mismo principio lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016, precisando que la norma de obligatorio cumplimiento se estableció con la sentencia C-258 de 2013, y por lo tanto los derechos adquiridos con anterioridad a su publicación, se regulan por lo dispuesto en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.*

*No desconoce el Despacho que la Corte Constitucional con auto de Sala plena declaró la nulidad de la sentencia T-615, no obstante al aplicar los principios de hermenéutica jurídica, conforme los cuales se precisa la vigencia de las normas y los efectos de las sentencias de exequibilidad, es pertinente concluir que ciertamente la interpretación constitucional que se hizo en la sentencia C-258, solo podía tener efectos hacia el futuro y desde el momento en que se profirió con carácter de unificación en la sentencia SU-230 de 2015, ello porque el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93, contaba con una sentencia unificadora a cargo de Consejo de Estado, sentencia que conforme a la Constitución Política, es fuente formal de derecho, con fuerza vinculante de ley, en aras de la protección del*

---

como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo". Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales) del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas. La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema. Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015. En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.

principio de igualdad. Razones por las que la misma Corte Constitucional impone a los jueces la obligación de seguir *prima facie* la jurisprudencia constante establecida sobre un punto de derecho, en el entendido que el precedente se constituye en un presupuesto indispensable de la unidad del ordenamiento jurídico y del ejercicio de la libertad individual por cuanto implica la certeza de poder alcanzar una meta, que permite al hombre elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo<sup>12</sup>.

Así las cosas, el cambio de la regla jurisprudencial, constante, mediante la sentencia SU-230 de 2013 produce en últimas efectos similares al de la declaratoria de inexecutable, esto es, efectos hacia futuro. Resta observar que no puede tenerse como punto de partida para vigencia de la nueva interpretación la sentencia C-258 de 2013, porque en este fallo se dijo expresamente que no era aplicable a los demás regímenes exceptuados de manera automática, situación que sólo quedó aclarada en la SU-230 de 2015.

Compaginando las anteriores determinaciones este Despacho, en virtud del principio de favorabilidad y con el fin de salvaguardar derechos adquiridos, adopta la tesis conforme a la cual **las personas que adquirieron el STATUS PENSIONAL con anterioridad al 6 de julio de 2015 fecha de publicación de la sentencia SU 230 de 2015**<sup>13</sup>, tienen derecho a que su pensión se reliquide conforme la interpretación del concepto "monto pensional" indicado en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

Dilucidado el problema jurídico al establecer que en el caso bajo análisis la liquidación de la pensión del actor debe aplicarse el concepto de "monto pensional" señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual la base de liquidación es entendida como la sumatoria de todos los factores que la conforman para salvaguardar los derechos adquiridos del actor por haber alcanzado el status pensional con anterioridad a la publicación de la sentencia SU 230.

No obstante, para establecer los factores que se deben incluir en la liquidación pensional, es necesario presentar el siguiente estudio

#### **4.2.2. FACTORES A INCLUIR EN LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL**

Según la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 donde concluye que la enumeración que hace la Ley 62/85 no es taxativa, sino enunciativa, "bajo el entendido que son factores de salario, aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé."

En este orden de ideas, deben tenerse también como factores salariales los previstos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, —normas aplicables al régimen pensional del sector público vigente con anterioridad a la ley 33 de 1985—, que pese a encontrarse derogados sirvieron de parámetro orientador para que jurisprudencialmente se les reconociera dicho carácter.

<sup>12</sup> C-120 del 2003 y c836 del 2001

<sup>13</sup> Publicada en el sistema web de la Corte Constitucional el 6 de julio de 2015, como se constató en los procesos de los cuales ahora se reitera su criterio

<b>LEY 62 DE 1985</b> (listado de factores para el régimen de los servidores públicos señalado en la ley 33 de 1985)	Listado de factores para régimen de los servidores públicas, anteriores al régimen de la ley 33 de 1985 (Decretos 1045 y 1042 de 1978 del mismo año durante su vigencia)
<b>Asignación Básica,</b>	<b>La asignación básica mensual;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal a ) y (Decreto 1042 de 1978 (Art.42)
<b>Gastos de Representación,</b>	<b>Los gastos de representación</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal b)
<b>Primas de antigüedad,</b>	
<b>Prima técnica</b>	<b>La prima técnica</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal c)
<b>Prima ascensional</b>	
<b>Prima de capacitación</b>	
<b>Bonificación por servicios prestados</b>	<b>La bonificación por servicios prestados;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal y 46) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal g )
<b>Trabajo suplementario</b>	El valor del <b>trabajo suplementario</b> y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio(Decreto 1045 de 1978 Art.45) (Decreto 1042 de 1978 Art.42)
	<b>Los dominicales y feriados</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal c), (Decreto 1042 de 1978 Art. 42)
	<b>Las horas extras;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b)
	<b>Los auxilios de alimentación y transporte;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e)
	<b>La prima de navidad</b> (Decreto 1045 de 1978 literal f Art.45)
	<b>La prima de servicios</b> (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f)
	<b>Los viáticos</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i)
	<b>La prima de vacaciones</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k)
	<b>Los incrementos salariales por antigüedad</b> (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49)
	<b>Los incrementos salariales por antigüedad</b> adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal j),
	<b>Los incrementos de remuneración</b> a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.46 literal b)
	Lo que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se haya percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio (Decreto 1045 de 1978 Art.45)
	<u>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968</u> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal l)

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad <sup>(14)</sup>, de navidad y de vacaciones <sup>(15)</sup> en la liquidación de las pensiones.

En otros análisis jurisprudenciales se **han excluido de la liquidación de la pensión** emolumentos como las vacaciones también denominadas sueldo de vacaciones bajo el entendido que no se causa como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual <sup>(16)</sup> y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001<sup>(17)</sup>.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), Radicación Número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(1769-08)

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01

<sup>16</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C", Bogotá D.C., Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL Expediente No.25000 23 42000 2013 02538 00

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, en sentencia proferida el cuatro (04) de marzo de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00195-01(0142-09), Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, luego de analizar los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda - Subsección "C",

149

Finalmente, deben excluirse también las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia, por efecto de la decisión de la H. Corte Constitucional <sup>118</sup> sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

Este último es el caso de las primas: “especial de población” y “de habitación” que fueron creadas por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, de manera que no pueden ser incluidas en la base de liquidación de la pensión, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. No es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997)

Dada la época en que fue creado el quinquenio por el Concejo de Bogotá, que data del 2 de octubre de 1933 mediante Acuerdo 035 de esa misma fecha, es decir cuando los entes territoriales tenían competencia para crear factores de salario, no obstante, como esa competencia fue trasladada exclusivamente al Congreso de la República mediante el Acto Legislativo 01 de 1968 y que a su vez fue reafirmada con la Constitución de 1991 —artículo 150 numeral 19 literal E—, no es posible que los derechos que se causen con posterioridad sirvan de justo título para estructurar el reconocimiento de la pensión en “razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional<sup>19</sup>”

Para el caso del demandante, se advierte que la fecha de vinculación fue el 30 de abril de 1976 (fl. 26), siendo posterior a la expedición del aludido Acto Legislativo, de ahí que los factores de salario que ella pudo causar deben estar sujetos al marco constitucional y legal vigente.

#### 4.3. ANALISIS CRITICOS DE PRUEBAS

4.3.1. Según certificación expedida por la Directora Técnica de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá visible en el folio 26 del expediente, se tiene demostrado que la señora Nubia Gil Sánchez laboró en esa entidad entre el 30 de abril de 1976 al 21 de mayo de 2001, tiempo durante el cual realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones en las siguientes entidades de previsión:

ENTIDAD DE PREVISIÓN	TIEMPO COTIZADO
CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL	30/04/1976 AL 30/12/1995
ISS	01/09/1996 AL 28/02/1999
COLFONDOS S.A.	01/03/1999 AL 21/05/2001

Magistrado Ponente Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil quince (2015). Expediente: 25000-23-42-000-2014-00476-00. Bonificación por recreación devengada en el último año de servicios, no se ordenará su inclusión, pues de conformidad con los Decreto 1374 de 2010 y 1031 de 2011, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, los cuales se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso del SENA, disponen que dicha bonificación no constituyen factor salarial

18 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, Agosto 28 de 1997. H. Corte Constitucional “De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes. . . Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

19 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12). Actor: ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN. Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS Y CESANTÍAS “FONCEP”. AUTORIDADES DISTRITALES

**4.3.2.** Mediante petición del 26 de abril de 2011, la señora Nubia Gil Sánchez solicitó al entonces Seguro Social la aceptación del traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, arguyendo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y las orientaciones jurisprudenciales expuestas en las sentencias C-1024/04 y C-675/07. (fls. 3 y 4).

**4.3.3.** El Seguro Social mediante Oficio del 23 de mayo de 2011 (fl. 5), resolvió una petición del 17 de enero de 2011, relativa al traslado de régimen, para lo cual indicó que no era procedente por cuanto la demandante había superado la edad mínima para causar la pensión.

**4.3.4.** Por petición del 25 de enero de 2011, la demandante solicitó a COLFONDOS S.A. la desvinculación del régimen de ahorro individual (fls. 6 a 10).

**4.3.5.** COLFONDOS S.A. mediante oficio del 9 de febrero de 2011 resolvió la anterior reclamación, indicando que hasta ese entonces el Seguro Social no había radicado solicitud de traslado a nombre de la demandante, y que cuando ello ocurriera se entraría a verificar la procedencia de dicho traslado (fl. 11).

**4.3.6.** Por petición visible en los folios 12 a 18 del expediente, la demandante solicitó al ISS el reconocimiento de una pensión de vejez en cuantía del 75% del promedio devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales, reclamación que fue atendida mediante Oficio 13100 del 21 de diciembre de 2011, indicando que el reconocimiento de una pensión no se lograba a través de derecho de petición y el procedimiento especial del que se había dispuesto para tal fin (fls. 19 a 22).

**4.3.7.** Según copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía visibles en los folios 27 y 28 del expediente, se tiene que la señora Nubia Gil Sánchez cumplió 55 años de edad el 23 de julio de 2008.

**4.3.8.** Certificación expedida por la Directora Técnica de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá, con la cual se demuestra que la señora Nubia Gil Sánchez devengó por los años 2000 y 2001 los siguientes factores salariales: (1) asignación básica, (2) prima de antigüedad, (3) auxilio de alimentación, (4) subsidio de transporte, (5) prima semestral, (6) prima de vacaciones y (7) prima de navidad. (fl. 27).

**4.3.9.** Según Oficio PG PIL-133-02-15 del 25 de febrero de 2015 y los soportes transaccionales acompañados en los folios 80 a 82, se demuestra que COLFONDOS S.A. realizó el traslado de régimen pensional de la demandante a COLPENSIONES.

**4.3.10.** Teniendo en cuenta el traslado de régimen pensional efectuado por COLFONDOS S.A., COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 33728 del 1 de febrero de 2016 reconoció una pensión de vejez a favor de la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ, en cuantía del 75% del IBL.

#### **4.4. CASO CONCRETO.**

En el caso sub-examine se encuentra demostrado que la señora Nubia Gil Sánchez laboró como empleada pública en la Contraloría de Bogotá entre el 30 de abril de 1976 al 25 de mayo de 2001, desempeñando para entonces el cargo de Técnico 401-08, motivo por el cual, en términos del artículo 151 de la Ley 100/93, a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones para el nivel

territorial que lo fue el 30 de junio de 1995, contaba con 19 años y 2 meses de servicio, siendo entonces posible que por autorización de los incisos 4 y 5 del citado artículo 36 de la Ley 100/93, estuviera legalmente habilitada para trasladarse al RAIS y volver al régimen de prima media con prestación definida, sin perder su derecho a pensionarse bajo las prerrogativas del régimen anterior.

De otra parte, como quiera que de las pruebas recaudadas no es posible inferir que la demandante haga parte de un régimen especial ni que el cargo o las funciones desempeñadas justifique un régimen de excepción, resulta procedente estudiar el reconocimiento de la pensión solicitada al amparo de la Ley 33/85 que se aplica a todos los empleados oficiales.

Siendo así, la Ley 33/85 impone en el inciso 1º del artículo 1º que “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” Con los medios de prueba aportados al expediente se establece que la demandante acredita los requisitos de tiempo de servicio y edad, como se ve a continuación:

- La señora Nubia Gil Sánchez laboró en la Contraloría de Bogotá entre el 30 de abril de 1976 al 25 de mayo de 2001, tiempo que responde a un total de 25 años y 26 días (fl 26).
- Conforme las copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía, es claro que la señora Nubia Gil Sánchez nació el 23 de julio de 1953 y por ende cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2008 (fls. 28 y 29).

En consecuencia, tras adquirir la demandante el status de pensionada el 23 de julio de 2008, COLPENSIONES debió pagarle desde el día siguiente una pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios.

El Despacho reprocha los argumentos expuestos por el Jefe del Departamento Nacional de Afiliaciones y Registro del entonces Seguro Social en el Oficio del 23 de mayo de 2011, según los cuales, al amparo de la Ley 797/03 y las sentencias C-789/02, C-1024/04 y SU-062 de 2010, la solicitud de traslado del régimen de ahorro individual al de prima media no era posible ya que contaba con 57 años habiendo superado la edad mínima de 55 años y entonces la afiliación válida era la de COLFONDOS.

Esto constituye un flagrante atropello contra los derechos mínimos de la señora Gil Sánchez, pues la entidad de previsión se apoyó en una sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, aduciendo que con el traslado se habían extinguido el derecho a pensionarse bajo las reglas del régimen al que se encontraba afiliada cuando entro en vigencia la Ley 100/93, sin tener en cuenta que ella accedió a la transición no por acreditar 35 años de edad sino por superar los 15 años de servicio, cuyo tratamiento es diametralmente distinto en cada caso. Fue en esa sentencia que la Corte estudió la constitucionalidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 y concluyó que los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados podrán trasladarse libremente de régimen pensional y volver al régimen de prima media con prestación definida, haciendo efectivo su pensión de acuerdo al régimen de transición, siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones: “ (i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima

media pues el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.

De manera que mientras erradamente el ISS/ hoy COLPENSIONES asumió esa postura de no permitirle a la demandante regresar al régimen de prima media, fue imposible que a ella le fuera cancelada su mesada pensional. Solo después de transcurridos 8 años fue que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 33728 del 1 de febrero de 2016, entendió que en la sentencia C-789 de 2002 no se había realizado una interpretación que trataba con el mismo racero a los beneficiarios de la transición por edad y tiempo de servicio, sino que a estos últimos les permitía trasladarse al RAIS y regresar al de prima media cuando quisieran sin perder el derecho a pensionarse con el régimen anterior.

En esa oportunidad COLPENSIONES, si bien anuncia que reconoce una pensión de vejez a la demandante por consecuencia del traslado de régimen al que finalmente accedió, lo cierto es que al confrontar el contenido de las normas en que debía fundarse el mismo y las pretensiones de la demanda, resulta claro que su alcance no satisface el derecho sustancial que le asiste a la actora y por lo mismo el control de legalidad de los actos que aquí se demandan no se verán afectados con el ilusorio que representa la Resolución GNR 33728 del 1 de febrero de 2016, pese a que actualmente surte unos efectos.

Ciertamente, tras demostrarse que la presunción de legalidad que revestía los actos administrativos acusados quedó desvirtuada por no encontrarse acordes con las normas en que debían fundarse, la consecuencia es declarar la nulidad de los mismos.

Como restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento de una pensión de vejez a favor de la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ a partir del 24 de julio de 2008, en la cuantía del 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios, entendiendo como salario la totalidad de factores devengados en el último año de servicios.

En el punto tocante con los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, como ya se expuso en precedencia, este Despacho acoge el criterio del Consejo de Estado adoptado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010<sup>20</sup>, en el que retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33/85, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, concluyendo, que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Siendo así, se tiene que conforme a las certificaciones expedidas por la Contraloría de Bogotá la demandante acreditó que en el último año de servicio correspondiente al 22 de mayo de 2000 al 21 de mayo de 2001, devengó los factores correspondientes a la asignación básica, prima de antigüedad, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales son de creación legal y nada impide que sean reconocidos (fl. 27). Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

157

Conforme a las certificaciones visibles a folios 23 a 27 la demandante se retiró del servicio en el año 2001 y el requisito de edad quedó satisfecho el 23 de julio de 2008, motivo por el cual el Despacho ordenará indexar el ingreso base de liquidación pensional desde la fecha de retiro del servicio hasta que efectivamente cumplió el status pensional, quiere decir que los factores salariales que se ordenan incluir en esta providencia deberán indexarse entre el 21 de mayo de 2001 —fecha de retiro— y el 23 de julio de 2008 —cumplimiento de 55 años de edad—.

Lo anterior, de conformidad con el criterio del H. Consejo de Estado<sup>21</sup> que respecto a la indexación de la primera mesada pensional ha expresado:

*“Bajo criterios de justicia y equidad se determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene porque soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios.*

#### **4.5. SOBE LA PRESCRIPCION DE APORTES**

El Despacho tiene claro que existen dos tesis frente a las cuales se cuenta con jurisprudencia reciente, una en la que se ordena la prescripción quinquenal y otra en la que se dispone el descuento de aportes durante toda la vida laboral.

Sin embargo se considera un asunto de equidad que los descuentos por aportes se hagan por toda la vida laboral, si se tiene en cuenta que la pensión no tiene prescripción, (y este es el efecto), pues la causa tampoco podría tener prescripción ya que la pensión sin aportes no puede existir. Es decir, si se tiene la prestación pensional para el resto de la vida, debe estar sustentada en unos aportes efectuados durante toda la vida laboral.

Dicha deuda no puede asimilarse a otras deudas parafiscales pues no tienen la misma contraprestación, como es aquí un carácter indefinido de retribución pensional.

#### **4.6. INDEXACIÓN DE APORTES**

La entidad deberá descontar los correspondientes aportes para el sistema de seguridad social en pensiones, respecto de los factores cuya inclusión se ordena, si este descuento no se hubiera hecho, en la proporción que corresponde a la demandante, durante toda su relación laboral, y teniendo en cuenta igualmente que los factores salariales que se causan de forma anual o semestral deben incluirse en la proporción mensual, en aras de evitar un detrimento patrimonial al Sistema General de Seguridad Social.

Esta indexación a criterio del H. Consejo de Estado<sup>22</sup> tiene asidero en cuanto a que: “las pensiones de jubilación se construyen con base en los aportes periódicos a lo largo de la vida del trabajador, para que la entidad utilice y capitalice estos recursos, para cuando llegue el momento de acceder a este derecho. Ello implica una progresividad y permanencia durante todo el tiempo de servicio, para efectos que la entidad se abastezca de dineros para sostener el sistema pensional. Por ende, dado que se incrementa la pensión por nuevos factores no cotizados para esta prestación que será vitalicia, no se compadece con el principio de sostenibilidad fiscal que se

<sup>21</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha seis (06) de mayo de 2010. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09)

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

*apliquen solo unos aportes reducidos para financiar una pensión que como se sabe es por toda la vida de su beneficiario y que llegan a última hora sin permitir que la entidad de previsión los haya percibido en su momento.”*

*Estos descuentos, deberán efectuarse, con base a un cálculo actuarial teniendo en cuenta que el aporte se debe liquidar conforme a la ley que lo regulaba al momento de su causación, a fin de determinar el porcentaje de descuento y los factores sobre los que se aplicaba; igualmente debe tenerse especial cuidado al hacer los descuentos previa verificación de los factores devengados en cada periodo.*

#### **4.7. PRESCRIPCIÓN.**

*Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las mesadas, a la luz de los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69<sup>23</sup>.*

*Cabe resaltar que aunque lo reclamado es una pensión de jubilación, derecho que por su naturaleza es imprescriptible, no sucede lo mismo con las mesadas que de allí se derivan, pues las mismas se extinguen si no son reclamadas oportunamente dentro del plazo de tres años.*

*En el sub-judice, si bien la pensión se hizo efectiva a partir del 24 de julio de 2008 —día siguiente al cumplimiento de la edad—, se tiene que entre las reclamaciones que provocaron la expedición de los actos acusados y la presentación de la demanda transcurrió un término mayor a los tres, motivo por el cual, el Despacho dispondrá que el término prescriptivo se cuente desde la presentación de la demanda que lo fue el 25 de febrero de 2015, quedando así afectadas la mesadas causadas con anterioridad al 25 de febrero de 2012.*

#### **4.7. INDEXACIÓN.**

*Las sumas que debe pagar la demandada a la demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:*

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

*En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.*

*Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.*

*La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

<sup>23</sup> **Artículo 41°.**- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. **Ver: Artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969**

#### 4.8. CONDENAS EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, señala:

*"... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003<sup>24</sup>, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>25</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

Se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, acatando lo señalado por el Consejo de Estado<sup>26</sup> que ha previsto un test de proporcionalidad para su fijación con criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad:

- En el proceso se buscaba el reconocimiento de una pensión que se había causado desde el año 2008.
- La demandada negó el derecho por considerar que la demandante había renunciado al la transición, asumiendo que el tratamiento que el artículo 36 de la Ley 100/93 había dado a quienes accedieron al beneficio por acreditar 35 o 40 años era el mismo para quienes tenían 15 años de servicios a la entrada en vigencia.
- La demandada tergiversó el alcance de una sentencia de constitucionalidad en el que la Corte Constitucional dejó claro el derecho adquirido que le asiste a los beneficiarios de la transición por tiempo de servicios, lo cual constituye una violación directa de la Ley sustancial por indebida aplicación de la Ley y de paso graves perjuicios a la demandante, afectando gravemente la administración de justicia por cuanto debió conocer de un proceso con tan flagrante desconociendo de la Ley sustancial.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenará en costas a la parte demandante por haber

<sup>24</sup> "III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."

<sup>25</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

<sup>26</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

sido vencida, ordenando pagar a la demandada la suma equivalente a cinco salarios mínimos cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a los remanentes consignados para gastos se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a las notificaciones, y el excedente a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución UGM 045499 del 8 de mayo de 2012, por medio de la cual la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES—** negó la reliquidación de la pensión de la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 32.502.540, sin tener en cuenta los factores salariales devengados en su último año de servicios.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES—**, reconocer a la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 32.502.540, su pensión de vejez desde el 24 de julio de 2008, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual del último año de servicios, esto es, entre el 22 de mayo de 2000 a 21 de mayo de 2001, teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación los factores salariales denominados asignación básica, prima de antigüedad, prima de alimentación, subsidio de transporte, 1/12 prima semestral, 1/12 prima de vacaciones y 1/12 prima de navidad.

**TERCERO: ORDENAR** al **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES—**, indexar el valor de la primera mesada pensional con aplicación del IPC, actualizando el ingreso base de liquidación pensional respecto de los factores salariales que en esta providencia se ordenan incluir, desde la fecha de retiro del servicio (21 de mayo de 2001) hasta la fecha en que efectivamente cumplió el status pensional (23 de julio de 2008), de conformidad con la parte de motiva de esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES—**, a pagar a la señora NUBIA GIL SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 32.502.540, las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer de acuerdo a la reliquidación ordenada en este fallo, según lo establecido en el artículo 187 del CPACA, debiendo descontar la accionada tanto el valor de las mesadas ya pagadas como el valor de los aportes que no se hayan haya cubierto respecto de la diferencia entre el salario devengado con la liquidación de aportes para pensión debidamente indexados.

**QUINTO:** Condenar en costas a la parte demandada, quien deberá pagar a la demandante el equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

**SEXTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto al pago de las mesadas causadas con antelación al 25 de febrero de 2012, y no probadas las restantes exceptivas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta

providencia.

**SÉPTIMO: ORDENAR** se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

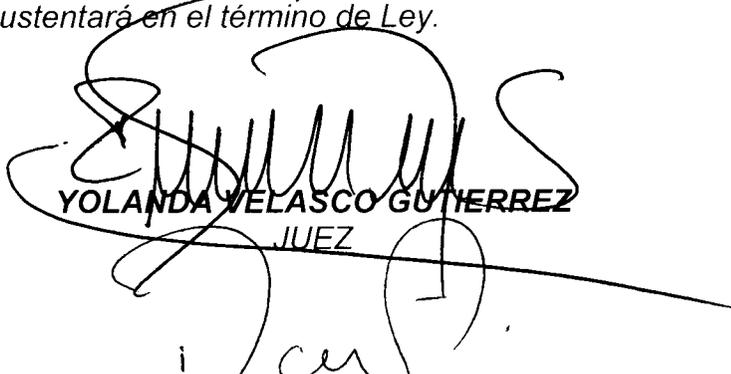
**OCTAVO: COMUNICAR** este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del CPACA, una vez en firme a la parte accionada.

**NOVENO: EJECUTORIADA** esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias previas las anotaciones respectivas.

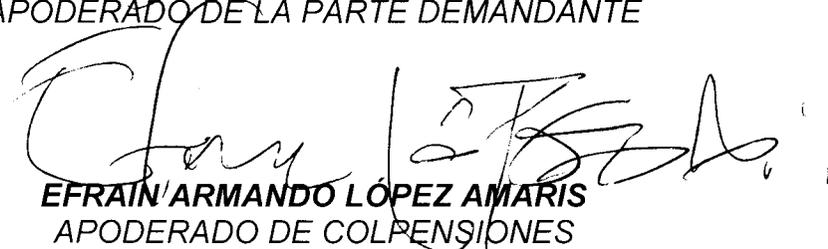
**DÉCIMO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

De esta decisión quedan la parte notificadas en estrados.

El apoderado de la parte demandada manifiesta que **INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN** que sustentará en el término de Ley.

  
**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ**  
JUEZ

**DANIEL FELIPE MOYANO AVILA**  
APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE

  
**EFRAÍN ARMANDO LÓPEZ AMARIS**  
APODERADO DE COLPENSIONES

  
**SAMUEL VALERO RUBIO**  
SECRETARIO AD-HOC