

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : 11001-3342-046-2016-00539-00
Demandante : HERNAN SOLIS MURILLO
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Hernán Solís Murillo, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.72-86).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015, por medio de la cual se reliquida pensión de jubilación del demandante.

Se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 54454 de 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución No. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015.

Se declare la nulidad de la Resolución No. VPB 19392 de 27 de abril de 2016, por medio de la cual, se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, expida un nuevo acto administrativo en el cual reconozca y pague al señor HERNAN SOLIS MURILLO, una pensión mensual vitalicia de conformidad con lo normado en la Ley 33 de 1985 (...)

Que se liquide la pensión (...), teniendo como salario base de liquidación, el salario promedio de lo devengado durante el último año de servicios, debidamente actualizado a la fecha en que sea reconocida su pensión.

(...)

Que se ordene pagar (...) la diferencia retroactiva de las mesadas causadas, incrementos anuales y mesadas adicionales entra la fecha del status y la inclusión en nómina, debidamente actualizadas.

(...) al pago de la indexación o corrección monetaria.

Que se decrete la prescripción trienal para el pago de los aportes efectuados sobre los factores de los cuales se pretende la reliquidación de la pensión.

Que la citada se obligue a dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el CPACA e igualmente se reconozca intereses".

1.3 Hechos.

Relata que prestó sus servicios al sector público por más de 20 años. Mediante Resolución No. 032082 de 12 de septiembre de 2011, la entidad reconoció la pensión de jubilación al actor.

Mediante Resolución No. 01686 de 23 de enero de 2012, se ordenó incluir en la nómina al demandante, a partir del 31 de octubre de 2011.

Mediante petición de 9 de junio de 2015 el demandante solicitó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Petición resuelta mediante Resolución GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015, acto recurrido y resuelto mediante Resoluciones GNR 54454 de 19 de febrero de 2016 y VBP 19392 de 27 de abril de 2016.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 3, 13, 29, 46, 48, 53 y 228; Leyes 33 y 62 de 1985 y 100 de 1993.

Manifiesta que existe una decisión nula por violación de una regla de derecho de fondo, pues existe un acto administrativo que hace caso omiso del objeto y alcance que le imponen las normas aplicables. Aduce que resulta claro que para efectos de liquidar la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta todos los emolumentos devengados durante el último año de servicios, razón por la cual, señala que la cuantía de la pensión a que tiene derecho su representada, debe ser equivalente al 75% del promedio mensual de lo devengado durante el mencionado periodo.

Afirma que la liquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, constituye una garantía al respeto por las condiciones justas, responde a unas motivaciones racionales y sigue el principio de proporcionalidad.

Contestación de la demanda.

La apoderada de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual manifiesta, en síntesis, que de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional el Ingreso Base de Liquidación no hace parte del régimen de transición y los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

1.5 Audiencia inicial.

El 14 de septiembre de 2017, se celebró la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, equivalente al 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de vejez a favor del señor Hernán Solís Murillo por medio de Resolución No. 032082 de 12 de septiembre de 2011. (fs.65-69).
- ✓ Resolución No. 01686 de 23 de enero de 2012 por medio de la cual se modifica la Resolución 03282 del 12 de septiembre de 2011 (fs.70-71)
- ✓ Petición de fecha 9 de junio de 2015, por medio de la cual, el señor Solís Murillo solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (fs.24-30).
- ✓ Resolución No. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015 por medio de la cual se ordena la reliquidación de la pensión del actor (fs.3-6).
- ✓ Resolución No. GNR 54454 de 19 de febrero de 2016 por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 360537 de 17 de noviembre de 2015 (fs.8-17)
- ✓ Mediante Resolución No. VPB 19392 de 27 de abril de 2016, se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015 (fs.19-23).

- ✓ Certificado de factores salariales devengados por el demandante (fs.40-54 y 56-63).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.4. La creación de la pensión de jubilación por aportes.

En el modelo de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral.

Para remediar esta situación el Congreso expidió la Ley 71 de 1988, la cual, en su artículo 7 de la Ley 71 de 1988 consagró la denominada “*pensión de jubilación por acumulación de aportes*”, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En cuanto al derecho pensional del causante, se tiene que la Ley 71 de 1988, reglamentada por los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, creó la «pensión de jubilación por aportes», como aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado, con la condición de que en el primer caso se hubieran efectuado aportes y en el segundo, realizado cotizaciones.

La citada ley en su artículo séptimo, estableció:

«A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el instituto de los seguros sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre

que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer».

Conforme a la norma trascrita, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el cotizado en el ISS, constituye un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al ISS o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado, lo cual hizo en principio innecesaria la aplicación de ésta última para estos efectos.

Al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, la Ley 100 de 1993 previó igualmente un régimen de transición pensional en su artículo 36, conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión conforme a la normatividad que anteriormente le resultara aplicable.

En virtud del citado régimen de transición pensional, es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general, establecida en la Ley 33 de 1985, como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993¹.

En este contexto, resulta viable también para quienes no reúnen los requisitos del ISS, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son beneficiarios del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la sumatoria de los tiempos cotizados al Seguro Social y a otras cajas de previsión como servidor público; a partir de lo cual, la citada prestación pensional por aportes pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud de la normatividad contenida en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00085-01(4232-14)

Así pues, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.²

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: *“Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes”*. Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que *“su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad”*.

En conclusión, “en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.³

2.5. La pensión por aportes y la expedición de la Ley 100 de 1993.

En la regulación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo que había dispuesto la Ley 71 de 1988, la

² Corte Constitucional. Sent. C-623 del 4 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1718 proferido el 9 de marzo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado. En efecto, la Ley 100 creó dos regímenes pensionales de libre elección por parte de los afiliados –el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual- y respecto de ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo servido o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público.

Así, en el régimen de prima media, los requisitos de edad y tiempo de cotización para la pensión de vejez fueron establecidos en el artículo 33, y la misma norma señaló en parágrafo que “para efecto del cómputo de las semanas” se debe tener en cuenta, entre otros, lo cotizado en cualquiera de los dos regímenes (lo cual comprende, entre otros, lo cotizado al Seguro Social o a cajas de previsión), el tiempo laborado como servidor público (así no se hubiera cotizado), así como el tiempo servido a empleadores privados que pagaban directamente pensiones.

De otro lado, en el régimen de ahorro individual, la pensión de vejez se causa sin requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en el capital acumulado en cuenta de ahorro pensional. La referida cuenta se nutre de cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos financieros y el bono pensional. Con respecto a este último, la legislación dispone que el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual se causa por tiempo servido a entidades públicas, como también por el tiempo cotizado tanto al Seguro Social como a cualquier caja de previsión (Ley 100 de 1993, art. 118; D. L. 1299 de 1994, art. 2°).

Como se observa, la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del

Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985 como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.

2.6. La reglamentación de la pensión de jubilación por aportes.

La Ley 71 de 1988, en lo que respecta a la pensión de jubilación por aportes, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989 (arts. 19 a 29). Esta reglamentación dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco “el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege” (art. 21). Esta limitación tenía lógica en el contexto de expedición de la Ley 71 de 1988 que ya se ha explicado.

Posteriormente, la reglamentación de la pensión de jubilación por aportes fue regulada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que derogó la mayor parte de los artículos del anterior decreto relacionados con esta modalidad de pensión de jubilación. Como se observa, esta nueva reglamentación se expidió estando ya en vigencia el sistema de seguridad social integral establecido en la Ley 100 de 1993.

El artículo 1o del Decreto 2709 de 1994 preceptuó:

“ARTICULO 1o. PENSION DE JUBILACION POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Respecto al monto de esta prestación, el artículo 8º del mismo Decreto señaló:

“ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 6º que determinaba el ingreso base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

El artículo 10 ibídem determina la entidad de previsión pagadora, con el siguiente tenor literal:

“La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

PARAGRAFO. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago”.

Respecto de qué tiempo se debe computar para efectos de la pensión de jubilación por aportes, el citado Decreto 2709 de 1994 estableció la misma restricción que traía la reglamentación anterior. Al respecto dispuso expresamente:

Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

Lo anterior significa que cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, la reglamentación estableció que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector público, excluyéndose en consecuencia el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social).

Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión.

Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.

En este orden de ideas, a jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión.

En efecto, en sentencia del 1º de marzo de 2001, con ponencia del C.P. Alberto Arango Mantilla, Expediente No. 66001-23-31-000-0527-01-485-2000, se dijo:

*“(…) los nominadores tienen el deber de practicar a sus empleados y trabajadores los descuentos parafiscales que habrán de girar luego a las respectivas cajas de previsión a título de aportes. De suerte que **la no aportación a los entes de previsión de los valores correspondientes, en nada podrá afectar el derecho a la pensión de jubilación.** Y sencillamente, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la respectiva caja de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; una tesis contraria podría conducir al absurdo de que un funcionario público **tuviera que asumir las consecuencias negativas de los yerros de la administración, cuando quiera que ésta incumpliere sus deberes frente al pago de los mencionados aportes**” (subrayado propio del texto original).*

Con este criterio, en la referida sentencia, así como en otras posteriores, ha decidido inaplicar la restricción que contiene el citado artículo 5° del Decreto 2709 de 1994.

En esta oportunidad, se acoge el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

Queda por precisar cuál es el salario base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Al respecto debe señalarse que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que establecía el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes fue derogado de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

En cuanto a la forma como se establece la cuantía de la prestación que ordenó reconocerle, se tiene que el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, en relación con los beneficiarios del régimen de transición establecido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Al respecto la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha señalado:

“Liquidación pensional

El artículo 8 del Decreto 2709 de 1998, -sic- reglamentario de la Ley 71, determinó el monto de la pensión de jubilación por aportes con el siguiente tenor literal:

“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor

de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

El ingreso base de liquidación fue establecido en el artículo 6 ibídem, con el siguiente tenor literal:

“Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho Instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”.

La norma en mención fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, que reglamenta la emisión, cálculo, y redención de bonos pensionales, que no es aplicable al sub lite por tratarse de una pensión reconocida aplicando los beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.”⁴ (El subrayado está fuera de texto)

Siguiendo las directrices del precedente transcrito, quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y hubieren prestado sus servicios para entidades de naturaleza pública y del sector privado cotizado al Instituto de Seguros Sociales por más de 20 años, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siempre que cumplan 60 años de edad o más si es varón y 55 años o más si es mujer, requisitos que cumplió a satisfacción el demandante.

En este caso, encuentra el Despacho que el actor, en efecto, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, el régimen anterior que le es aplicable a su pensión no es otro que el establecido en la Ley 71 de 1988. Debe recordarse, en efecto, que la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda -sentencia de 4 de Agosto de 2010. Expediente No. 25000-23-25-000-2004-01406-01 (1628-06). Demandante Antonio Barberena Saavedra contra el Instituto de Seguros Sociales. Magistrada Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988.

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado, público o de jubilación por aportes. Por tanto, el actor le asiste el derecho de acogerse a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y además que se le apliquen los factores que conforman el ingreso base de liquidación (I. B. L.) previstos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año por acreditar 20 años como servidor público.

De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁵, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

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

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

....

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

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando

⁵ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

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

(Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**⁶, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

En este punto, el Despacho considera importante citar la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

⁶ "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"

⁷ Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

*“(…) **reiterando** que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, **deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario** y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) **apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión 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**” (Negrita del Despacho).*

Ahora bien, en lo referente a la aplicación de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado, Sección Segunda, a partir del análisis de la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación y los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, estableció expresamente que:

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

[...]

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «durante el último año y por todo concepto», «Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», contenida en su párrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable».

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutableidad; (b) su executableidad o, (c) su executableidad condicionada a determinada interpretación y alcance.

En sentido contrario, en la parte motiva de dicha Sentencia, la Corte Constitucional precisa:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros⁸. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.”

Y destaca, con razón, que:

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de

⁸ «Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.»

1992.” (subrayados y negritas fuera de texto).

En las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación sentó un precedente aplicable a todos los regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

En la Sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional indicó:

“Así pues, la sentencia C-258 de 2013, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.”

En la sentencia SU-427 de 2016, se reitera en lo esencial lo sostenido por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia SU-230 de 2015, señalando que en la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión «durante el último año» contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esa Corporación fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición.

Tal como lo sostiene la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹ en reciente sentencia de extensión de jurisprudencia en argumentos que acoge este Despacho:

“Contrario a la expresado en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, «regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas».

Esto es, la Sentencia C-258 de 2013:

(i) No extiende su análisis, ni podía hacerlo, «a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», como son los regímenes que se encuentran «en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN. PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978».

(ii) En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance.

(iii) En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes «dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cubija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992.”

(....)

(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas “C”), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(iv).- De acuerdo con el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v).- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han

consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación²⁸ y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. ...”

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales ³⁰

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

EL CASO CONCRETO.

Ahora bien, el problema jurídico se contrae a establecer si el demandante tiene o no derecho a que se le reconozca y pague la pensión en la forma propuesta en las pretensiones de la demanda, esto es, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo cotizado para pensión en el último año como lo dispone la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 que finalmente reproduce lo señalado en la ley 33 de 1985.

³⁰ En este sentido:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). «Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.»

Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. «Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. [...]»

Constitución de la OIT. «Artículo 19. Convenios y recomendaciones. [...] 8. Efectos de los convenios y recomendaciones sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.»

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

Se encuentra probado dentro del expediente que el señor Hernán Solís Murillo prestó sus servicios desde el 23 de abril de 1990 hasta el 31 de octubre de 2011, esto es, por más de veinte años en el Ministerio de la Protección Social, siendo su último cargo, el de conductor mecánico 4103-15.¹¹

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía más de cuarenta años de edad, toda vez que nació el 24 de noviembre de 1950, razón por la cual, le resulta aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, se observa que la Administradora Colombiana de Pensiones, mediante Resoluciones Nos. 032082 de 12 de septiembre de 2011 y 01686 de 23 de enero de 2012, le reconoció pensión de vejez al demandante, para lo cual tuvo como IBL el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el demandante durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el último año de prestación de servicios (30 de octubre de 2010 a 31 de octubre de 2011), el demandante devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, diferencia sueldo, auxilio de transporte, horas extras, subsidio de alimentación, diferencia subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, diferencia horas extras, prima de servicios, indemnización prima de vacaciones, compensatorios y bonificación por servicios.

Cotizó al Seguro Social 10.089 días equivalentes 1437 semanas, y por su vinculación al Ministerio de la Protección Social –Cajanal- cotizó 1898 días equivalentes a 270, 4 semanas según la Resolución No 032082 de 12 de septiembre de 2011.

Por Resolución No 032082 de 12 de septiembre de 2011 proferida por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto del Seguro Social se reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de octubre de 2011. Dado que por Resolución No 00004843 de 19 de octubre de 2011 expedida por el Ministerio de la Protección Social se aceptó la renuncia del demandante a partir del 31 de octubre de 2011, por

¹¹ Flio 64

Resolución No 01686 de 23 de enero de 2012 se modificó la Resolución No 032082 del 12 de septiembre de 2011 en el sentido de ingresar a nómina de pensionados al asegurado a partir del 31 de octubre de 2011.

La liquidación para el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, señala el referido acto, se realizó teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 2 de la ley 100 de 12993 modificado por la ley 797 de 2003, que estatuye que cuando el asegurado tiene como mínimo 1250 semanas cotizadas es procedente liquidar la prestación tomando como base los ingresos de toda la vida laboral, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el decreto 1158 de 1994.¹²

A través de solicitud presentada ante la entidad el 9 de junio de 2015 se solicita la reliquidación de la pensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1995.

Mediante Resolución GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015¹³, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, reliquido el pago de la pensión de VEJEZ tomando como base para el cálculo del ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 26 de la Ley 100 de 1993 lo establecido por la entidad en la circular No 01 de 2012.¹⁴

Por Resolución GNR 54454 de 19 de febrero de 2016 proferida por el gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, resolvió recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015 confirmando la misma¹⁵.

¹² Folios 70 y 71

¹³ Folio 3 a 4.

¹⁴ "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, será el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciera falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la pensión, o el de todo el tiempo si este fuere superior. Para los que les faltare más de 10 años, el ingreso base de liquidación será calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) según certificación que expida el DANE." Folios 4 a 6.

¹⁵ Folios 196 a 199.

Así las cosas, al establecerse que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, porque no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios y porque además, liquidó con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó la demandante durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, y no sobre el último año como lo dispone la Ley 33 de 1985, razón por la cual, se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba las Resoluciones Nos. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015, GNR 54454 de 19 de febrero de 2016 y VPB 19392 de 27 de abril de 2016. En consecuencia, el despacho accederá a las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad de los actos acusados.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación del demandante aplicando en su integridad el Régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ello, se deberán incluir todos los emolumentos devengados por aquella durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, para tal efecto, deberá entenderse, que el listado de factores salariales contenido en la Ley 62 de 1985, no es de carácter taxativo sino enunciativo

Se precisa en cuanto a los factores salariales de "*prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicios*", el Despacho acoge la tesis del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 13 de mayo de 2011, radicación No.11001- 701 – 2009 -00058 -01 Magistrada ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto, en la que establece lo siguiente:

"(...) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)"

Se advierte, que respecto al valor denominado "vacaciones" como factor salarial, este Juzgador considera necesario precisar que este no constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, en razón a que se causa no como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual, por tal razón, no es viable acceder a la inclusión del sueldo de vacaciones como factor salarial a efectos de liquidar la pensión de la demandante. Al respecto el Consejo de Estado¹⁶ precisó:

"...no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que estas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el

¹⁶Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 14 de septiembre de 2011, magistrado ponente doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 25000232500020100003101, número interno 0899-2011.

trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación”.

De otra parte, se advierte que la prima de riesgo tampoco será incluida como factor salarial para la liquidación de la pensión de demandante, de conformidad con lo previsto en el Decreto 999 de 2017 "Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones", que a su tenor literal indica:

***“ARTICULO 8°. PRIMA DE RIESGO.** Los empleados públicos que prestan los servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo tendrán derecho a una prima mensual de riesgo equivalente al veinte por ciento (20%) de su asignación básica mensual, la cual no constituye factor salarial para ningún efecto legal”.*

(Subraya y Negrita por el Despacho)

En cuanto a la bonificación de recreación, es del caso precisar que no será ordenada su inclusión, teniendo en cuenta que no es constitutiva de factor salarial, así lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010¹⁷:

“... El ordenamiento jurídico (artículo 15 del Decreto 2710 de 2001) prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente”.

De otra parte, es menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes pensionales, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

respectiva, realizará el descuento sobre los factores salariales que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado:

“A pesar de que la certificación de salarios devengados expedida por la Subdirección Financiera - División de Pagaduría - del Ministerio de Transporte precisa que se hicieron los descuentos a la Caja Nacional de Previsión Social, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes¹⁸”.

Así las cosas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

Sobre la deducción de aportes, la parte demandante en la pretensión séptima de la demanda solicitó se decrete la prescripción trienal de los mismos.

Al respecto, debe señalar este juzgador que lo solicitado por la parte demandante, en sí mismo constituye una nueva petición, sobre la cual la entidad demandada no tuvo la oportunidad para pronunciarse en sede administrativa, razón por la cual, no es posible acceder a la misma, pues de así hacerlo se estaría vulnerando la congruencia que debe existir entre la demanda y la reclamación en sede administrativa, así como también, el derecho de defensa de la entidad demandada.

Por otro lado, y en gracia de discusión, se tiene que la sentencia aquí proferida frente a la entidad demandada, y respecto de los descuentos por aportes sobre los nuevos factores tiene el carácter de declarativa, por ello, los derechos que de allí se deriven solo prescribirán con posterioridad a la sentencia, siempre que se cumplan los supuestos normativos para que dicha figura opere, y no como lo pretende la parte demandante, en forma retroactiva a la sentencia.

En gracia de discusión, el despacho advierte que no desconoce el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015¹⁹, en la cual se determinó:

¹⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad: 2009-2990-01(4471-02).

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. N°. T-3.3558.256.

“(…) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” reafirmando la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013; lo que conllevaría a pensar que en los asuntos como el que aquí se debate, deberá reliquidarse la pensión de jubilación, atendiendo al promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicio.

La citada providencia reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de los beneficios y condiciones especiales del régimen de los Congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyos efectos continuaron vigentes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016 radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se apartó de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la referida sentencia, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

“(…) Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional 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 4ª de 1992, en virtud de la Cosa Juzgada Constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013 (...)

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

- 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*
- 2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los*

ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como 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 N°. 1 de 2005, además el concepto de sostenibilidad financiera del sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que este a su cargo”

3) *Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

4) *Finalmente, la corte no ha rechazado la postura del Consejo de Estado 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 será aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender sus posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema”.*

Lo anterior permite concluir que aun con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en sentencias SU-230 del 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 en sede de tutela, el Consejo de Estado ratificó la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010²⁰, y más recientemente la unificación de jurisprudencia de 25 de febrero de 2016²¹ tanto en la extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016²², como en la sentencia de remplazo de 9 de febrero de 2017²³, razón por la cual, el despacho seguirá aplicando el precedente

²⁰ Es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición, incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

²¹ Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). RADICADO: 250002342000201301541 01. NÚMERO INTERNO: 4683-2013. DEMANDANTE: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN DEMANDADOS : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTIBUCIONES PARAFISCALES Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.

jurisprudencial del órgano de cierre de esta Jurisdicción que la misma Corte Constitucional ha acogido en pretérita oportunidad como línea jurisprudencial en Salas de revisión de Tutela²⁴ **según la cual se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta)

Amén de lo anterior debe señalarse que, como el régimen pensional del demandante era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia C-258 de 2013 no resulta aplicable al presente asunto.

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que el actor adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, así como la SU 230 de 2015 dado que cumplió los requisitos exigidos para ello siendo efectivo el reconocimiento a partir del 20 de diciembre de 2010. En ese sentido, aplicar en este caso la referida tesis jurisprudencial implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.²⁵

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley

²⁴ Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* precisa que **se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta)

²⁵ Ley 270 de 1995 art 45

A lo anterior ha de agregarse que esta providencia se profiere con base en la normativa y jurisprudencia vigente para el caso concreto y en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 Superior y aplica la *ratio decidendi* reiterada en forma uniforme, constante y actual por parte del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al respecto bien vale la pena traer en cita lo afirmado en la sentencia SU-691 de 2011, referida a la disparidad de criterios interpretativos existente entre la Corte Constitucional, que deriva su interpretación de la norma constitucional, y el Consejo de Estado que lo hace en salvaguarda del principio de legalidad en un tema controversial como lo fue los actos de retiro de los empleados provisionales, argumentación conclusiva que resulta aplicable a este tema del IBL aplicable al régimen de transición. Dijo en aquella oportunidad la Corte en su *ratio decidendi*:

“(…)

4.3. A modo de conclusión

La Sala Plena considera necesario precisar que, la existencia de distintas posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son acordes con la dinámica interpretativa del derecho.

En efecto, no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad.

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho. En efecto, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen la función pública en Colombia no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales. (...)” (Corte Constitucional. **Sentencia SU-691/11**)

Para el caso, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen el régimen de transición no puede ser considerado como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

No obstante lo anterior, al momento de realizar la reliquidación y pago de las diferencias antes mencionadas, la entidad demandada deberá descontar las sumas correspondientes por concepto de los factores respecto de los cuales no se efectuaron aportes, atendiendo la doctrina jurisprudencial según la cual: *“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”*²⁶

En relación a la pretensión “intereses moratorios” debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo petitiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

Prescripción

A pesar de que el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

Comoquiera que la petición de reliquidación pensional se radicó el 9 de junio de 2015²⁷, en aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²⁸, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas que resulten a favor del demandante con anterioridad al 9 de junio de 2012.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”²⁹.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado³⁰, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el

²⁷ Folios 24 a 30

²⁸ “Artículo 102”.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

²⁹ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

³⁰ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.³¹

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

³¹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. GNR 360537 de 17 de noviembre de 2015, GNR 54454 de 19 de febrero de 2016 y VPB 19392 de 27 de abril de 2016.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a:

a. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe el señor HERNAN SOLIS MURILLO, identificado con la Cédula de Ciudadanía 10.159.623, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a saber: Asignación básica, diferencia sueldo, auxilio de transporte, horas extras, subsidio de alimentación, diferencia subsidio de alimentación, doceava parte de la prima de navidad, doceava parte de la prima de vacaciones, diferencia horas extras, doceava parte de la prima de servicios, indemnización prima de vacaciones, compensatorios y doceava parte de la bonificación por servicios, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

b. **PÁGUESE** al señor HERNAN SOLIS MURILLO, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 31 de octubre de 2011 pero con efectos fiscales a partir del 9 de junio de 2012, por prescripción trienal. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.

c. En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aportes no efectuados debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.

TERCERO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez