REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.:	**11001334204620160002300**
DEMANDANTE:	**NESTOR AUGUSTO POVEDA QUIMBAY**
DEMANDADO:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor NÉSTOR AUGUSTO POVEDA QUIMBAY, identificado con C.C. N°. 11.251.032 expedida en Usme (Bogotá D.C.), a través de apoderado, promovió el 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 -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

"Sobre la nulidad de las siguientes resoluciones:

1. Resolución N°. GNR 2126 DEL 07 ENERO DE 2015, que negó la reliquidación de la pensión de vejez.

2. Resolución N° GNR 248331 del 14 DEL 14 DE AGOSTO DE 2015, que negó la reliquidación de la pensión de vejez.

3. Resolución N°. VPB 70671 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, que negó la reliquidación de pensión de vejez.

Como consecuencia de las nulidades que se decreten, solicito al Despacho profiera las siguientes o parecidas condenas a título de restablecimiento del derecho, en favor de mi representado.

1. *Se DECLARE que mi representado (a) tiene derecho a la aplicación de la ley 33 de 1985 en concordancia con la ley 62 de 1985, para el reconocimiento de la mesada pensional.*

2. *SE CONDENE a COLPENSIONES, a modificar el monto de la mesada pensional reconocida al señor NÉSTOR AUGUSTO QUIMBAY POVEDA a través de la resolución N°. 19503 DEL 28 DE MAYO DE 2012, modificada por la resolución N°. 24742 DEL 13 DE JULIO DE 2012.*

3. *SE CONDENE a COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional de NÉSTOR AUGUSTO QUIMBAY POVEDA incluyendo los siguientes factores salariales devengados y promediados durante el último año de servicios, certificados por su último empleador: sueldo, prima de alimentación. subsidio de transporte, bonificación por servicios prestados o quinquenio, recargos por dominicales y festivos, horas extras, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral o de servicios y todos los demás factores que resulten probados, sobre el Ingreso Base de Liquidación de $2.566.498 pesos, al cual se le aplicará el 75% PARA OBTENER LA MESADA PENSIONAL, al 1 DE ENERO DE 2011.*

4. *SE CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar a NÉSTOR AUGUSTO QUIMBAY POVEDA, identificado con la C.C. N°. 11.251.032. como monto de la mesada pensional, la suma de $1.924.873, o la suma que resulte demostrada mediante el cálculo actuarial, a partir del 1 DE ENERO DE 2011, y hacia el futuro.*

5. *SE CONDENE a COLPENSIONES a pagar retroactivamente la suma de dinero que resulte probada, mediante cálculo actuarial, por concepto de retroactivo de la mesada pensional: a partir de 1 DE ENERO DE 2011 y hasta cuando se produzca su pago, incluyendo las mesadas 13 y 14.*

6. *SE CONDENE a COLPENSIONES a efectuar los reajustes automáticos de ley a que haya lugar, a partir de 1 DE ENERO DE 2011, de conformidad con los artículos 11, 21, y 36 de la Ley 100 de 1993 y con el principio de favorabilidad previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.*

7. *SE CONDENE a la demandada a efectuar la actualización monetaria o indexación sobre las sumas ordenadas pagar por concepto de retroactivo pensional, desde cuando se debieron pagar esas sumas y hasta cuando se efectúe el pago total de dichas sumas.*

8. *SE CONDENE a la demandada ultra y extra petita, según lo que se demuestre dentro del proceso, así no se haya pedido en la demanda.*

9. *SE CONDENE a la demandada a incluir dentro de la resolución que dé cumplimiento a la sentencia la relación de factores salariales ordenados a tener en cuenta por el despacho.*

10. *SE CONDENE a COLPENSIONES a incluir dentro de la resolución que dé cumplimiento a la sentencia, el promedio mensual devengado por el actor con base en la certificación laboral emitida por el empleador.*

11. *SE CONDENE a la demandada a incluir dentro de la resolución que dé cumplimiento a la sentencia las operaciones matemáticas, con la cual se determina el monto de la mesada pensional, y la indexación correspondiente de la primera hasta*

12. *SE ORDENE dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.*

13. *SE ORDENE a la demandada a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho, conforme al artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

14. *SE ORDENE dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. ".*

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El demandante trabajó como servidor público al servicio del Hospital San Blas E.S:E. desde el 27 de marzo de 1977, desempeñando las funciones de auxiliar área en salud.

2. El demandante nació el 09 de octubre de 1954, cumpliendo los 55 años de edad el 09 de octubre de 2009, fecha en la que adquirió el status pensional.

3. COLPENSIONES profirió la resolución N°. 19503 del 28 de mayo de 2012, que reconoció la pensión a NÉSTOR AUGUSTO QUIMBAY POVEDA, identificado con la C.C. N°. 11.251.032, quedando en suspenso su inclusión en nómina hasta la fecha de retiro definitivo.

4. La anterior resolución fue modificada por la 24742 del 13 de julio de 2012. Allí se fijó como monto de la mesada pensional la suma de $1.433.228 pesos. Asimismo, se indicó que la fecha de reconocimiento sería a partir del 01 de enero de 2011.

5. El día 25 de junio de 2014, se solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión, siendo resuelta en forma desfavorable mediante resolución N°. GNR 2126 de 07 de enero de 2012.

6. El demandante interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la decisión adoptada en la resolución N°. GNR 2126 de 07 de enero de 2012.

7. Mediante la resolución GNR 248331 del 14 de agosto de 2015 se resuelve el recurso de reposición y se confirma la resolución N°. GNR 2126 del 07 de enero de 2015.

8. Mediante la resolución N°. VPB70671 del 17 de noviembre de 2015 se resuelve el recurso de Apelación y revoca la resolución GNR 2126 del 07 de enero de 2015, y fija la nueva mesada en la suma de $1.392.498 pesos al 1° de enero de 2011.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 29, 48, 53, 90 y 209 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Artículo 1° Ley 33 de 1985.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, como quiera que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, le son aplicables las disposiciones establecidas en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 de 1990, y en virtud de ello, la pensión debe liquidársele la pensión de jubilación en cuantía equivalente el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pero no con el promedio de lo devengado durante los diez últimos años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, como erradamente lo realizó COLPENSIONES.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

COLPENSIONES

En memorial visible a folios 102-111, el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifiesta, en síntesis, que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico con el cual se reconoció el derecho, es decir, se tuvo en cuenta el régimen de transición, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993. De acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional el Ingreso Base de Liquidación no hace parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se tienen en cuenta de la norma anterior. 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.

FONCEP

En memorial visible a folios 132-139, el apoderado de Fondo de Prestaciones Económicas, Pensiones y Cesantías contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifiesta, en síntesis, que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico con el cual se reconoció el derecho. Advierte que debe acogerse el precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 de 2015, respecto de la exclusión del IBL como aspecto del régimen de transición.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Parte demandada - Colpensiones: Ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada - FONCEP: Reiteró los planteamientos contenidos en la contestación de la demanda, en especial la aplicación del precedente jurisprudencial emanado de la corte constitucional, y por ende, solicitó al despacho no acoger el precedente vertical del Consejo de estado.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *"Si el señor NÉSTOR AUGUSTO QUIMBAY POVEDA, tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengado en el último año servicios".*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- A través de la resolución N° GNR 19503 de 28 de mayo de 2012[1], el Instituto del Seguro Social- le reconoció al señor Néstor Augusto Quimbay Poveda, una pensión de jubilación, la cual quedó suspendida al retiro definitivo del servicio.

- Posteriormente, y mediante resolución N°. 24742 de 13 de julio de 2012[2], el Instituto del Seguro Social reliquidó la pensión de jubilación del demandante.

[1] Folios 42-47.
[2] Folios 48-50.

- El día 25 de junio de 2014[3], el accionante presentó derecho de petición ante COLPENSIONES, cuyo objeto era reliquidar su pensión de jubilación.

- Mediante resolución N°. GNR 2126 de 07 de enero de 2015[4], la entidad demandada resolvió desfavorablemente la solicitud del señor Néstor Augusto Quimbay Poveda.

- Que inconforme con la decisión adoptada por la entidad demandada, el demandante interpuso recursos de reposición y de apelación[5].

- Que la entidad demandada, en sede de reposición, confirmó la decisión recurrida mediante la resolución N°. 248431 de 14 de agosto de 2015[6]. En sede de apelación, mediante la resolución Nº. VPB 70671 de 17 de noviembre de 2015[7], COLPENSIONES revocó la decisión apelada, esto es, la resolución N°. GNR 2126 de 07 de enero de 2015. Sin embargo, en dicho acto se reliquidó la pensión de jubilación reconocida al demandante teniendo en cuanta para efectos de calcular el IBL lo devengado por este durante los últimos 10 años de servicio anteriores a la fecha de retiro.

- Que según consta en certificación emitida por el Profesional Especializado del Grupo Funcional de Talento Humano del Hospital San Blas II Nivel, visible a folio 52 del expediente, el demandante, en el último año de servicios percibió los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Recargos Nocturnos, Prima de Antigüedad, Bonificación por Recreación, Bonificación de Permanencia, Prima de Vacaciones, Prima de servicios, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad.

2.3 MARCO NORMATIVO.

De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945[8] en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo

[3] Folios 4-13.
[4] Folios 15-19.
[5] Folios 20-24.
[6] Folios 26-31
[7] Folios 33-41.
[8] "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.".

o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiere ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966[9], "*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*", incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.
El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

> "***Art. 27.-*** *El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos* ***y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer****, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación* ***equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio***
>
> *(...)*" (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

> "*Artículo 73°.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los* ***salarios y primas de toda especie*** *percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.).* (Negrita del Despacho)"

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la

[9] **ARTICULO 4o.** A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978[10], dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, "*todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios*"[11].

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

> *"**Artículo 45°.-** De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*
> *a) La asignación básica mensual;*
> *b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
> *c) Los dominicales y feriados;*
> *d) Las horas extras;*
> *e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
> *f) La prima de navidad;*
> *g) La bonificación por servicios prestados;*
> *h) La prima de servicios;*
> *i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
> *j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
> *k) La prima de vacaciones;*
> *l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
> *ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985[12], se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los

---

[10] "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.".

[11] **Artículo 42°.-** *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.
Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

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

regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1° 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 2°: **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 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**[13], 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 Estado[14] en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

> "(...) ***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).

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las

---

[13] "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"
[14] Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

> *"**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> ***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior** al cual se 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.*
>
> *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 hiciere 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 hiciere 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~~**.*
> *(...)"* (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye que, a pesar de las múltiples modificación que han introducido desde el año 1945 sobre la pensión de jubilación, el legislador ha propendido por las personas que tienen expectativas legitimas sobre la mencionada prestación o respecto de quienes ya hubieren cumplido los requisitos para ser beneficiario de aquella pero no se les ha reconocido la misma, razón por la cual, se han creado regímenes de transición de aplicación de la norma en beneficio

del trabajador, atendiendo que cada nuevo régimen pensional es más gravoso que el régimen anterior.

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****.* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexequibles 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», comprendida en su parágrafo y, declaró exequibles 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 antes referida, 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 resolutiva de esa sentencia y declarar (a) su inexequibilidad; (b) su exequibilidad o, (c) su exequibilidad 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 otros*[15]*. 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 1992." (subrayados y negrillas 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 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

---

15 «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.»

interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100."

En providencia 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 Estado[16] 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 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 resolutiva 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

---

[16] 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).

contenida en la parte resolutiva que sólo cobija 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 resolutiva (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutiva), 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 artículo 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..."

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el señor Néstor Augusto Quimbay Poveda nació el **09 de octubre de 1954**, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el demandante no contaba con **más de 40 años de edad**.

No obstante lo anterior, se observa que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el demandante había cotizado por más de 15 años de servicio, como quiera que ingresó a laborar desde el 13 de febrero de 1973, siendo cobijado por el régimen de transición **previsto en la Ley 100/93 (Art.36)**.

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que el accionante se desempeñó en el sector público durante más de 20 años, por ello, el Instituto del Seguro Social le reconoció la pensión de jubilación, como en efecto se verifica de la revisión de la resolución N°. GNR 19503 de 28 de mayo de 2012, siendo reliquidada por retiro definitivo del servicio mediante resolución N°. 24742 de 13 de julio de 2012.

Se observa que COLPENSIONES, tanto en el acto administrativo de reconocimiento pensional, como en el acto de reliquidación pensional, liquidó la pensión de jubilación al señor Néstor Augusto Quimbay Poveda, de conformidad con lo

dispuesto en la Ley el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, atendiendo el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios, y, para calcular el IBL solo tuvo en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994. Así, se infiere en forma inequívoca que la entidad demandada no aplicó en su integridad el régimen pensional de transición del que es beneficiario el demandante.

Del certificado de sueldos expedido por el Profesional Especializado del Grupo Funcional de Talento Humano del Hospital San Blas II Nivel, se evidencia que el accionante, en el último año de servicios percibió los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Recargos Nocturnos, Prima de Antigüedad, Bonificación por Recreación, Bonificación por servicio, Bonificación de Permanencia, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad.

Así las cosas, observa el Despacho que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que no incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales devengados por el señor Néstor Augusto Quimbay Poveda en el último año de servicios, por lo tanto, le asiste el derecho al demandante que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores devengados por aquel durante el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Respecto de los factores salariales de "*Bonificación por Servicios, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Consejo de Estado, en la que establece lo siguiente:

> *"(...) La estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de "todos los factores salariales devengados en el último año". (...)*[17]*."*

> *"(...) 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 (...)"*

Advierte este Juzgador que la bonificación por recreación, también certificada por la entidad nominadora, aunque fue devengada en el último año de servicios, no se

[17] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), sentencia de 27 de febrero de 2014, Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13), Actor: Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

podrá incluir como factor para efectos de reliquidar la pensión, pues tal cual como lo ha reiterado la jurisprudencia, dicho emolumento no constituye retribución directa del servicio y está a su vez excluido explícitamente por el ordenamiento jurídico como factor salarial[18], constituyéndose lo anterior en razones suficientes para desestimar su inclusión como factor, para la reliquidación de la pensión de jubilación que percibe la demandante. Igualmente, el recargo por permanencia no tiene connotación de salario, razón por la que deberá desestimarse su inclusión como factor salarial.

De otra parte, es de precisar que el Despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión se efectuaron los aportes en pensiones, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizar el descuento sobre los emolumentos que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado[19] que "... *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 correspondientes.*" De otra parte, es menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que el factor salarial sobre el 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 respectiva, realizará el descuento sobre el factor salarial que se ordena 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 correspondientes[20]".*

---

[18] Sentencia del 4 de agosto de 2010 Consejo de Estado, M.P. Hernando Alvarado Ardila. Radicación 25000-23-25- 000-2006-07509-01(0112-09).

[19] 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)

[20] 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).

A su vez, la mencionada Corporación[21], en lo concerniente a la naturaleza y prescripción de los aportes a la seguridad social, dispuso:

> *"Pues bien, sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en términos de la Corte Constitucional, tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. Los mismos provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva.*
>
> *En consecuencia, (...) estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales[22], por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, "las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor.*
>
> *(...)*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, la prescripción para el cobro de los aportes patronales opera en 5 años*** *y como los valores u obligaciones fueron determinadas en la Liquidación Certificada de la Deuda, título ejecutivo, se analizará el siguiente cargo sobre su validez, para establecer cuándo fue su ejecutoria y el inicio del término de prescripción."*
>
> *(Subraya y Negrita por el Despacho)*

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[23] en un reciente pronunciamiento señaló:

> *"Así las cosas, como los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, se impone aplicar lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años. Precisado lo anterior, se tiene que, en el sub examine el accionante se retiró del servicio a partir del 1° de julio de 1993, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordena incluir en este proveído, opera respecto de los aportes anteriores a los últimos cinco (5) años de servicio, es decir, que sólo se deben*

---

[21] Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dra. Ligia López Díaz. Sentencia del 26 de marzo de 2009, Rad. No.: 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257 Actor: Banco de Bogotá, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales

[22] Corte Constitucional, sentencia C-577 de 1995, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 3 de julio de 2003, exp. 13263, C. P. doctora Ligia López Díaz.

[23] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", sentencia de 3 de agosto de 2017, M.P.: Luis Alberto Álvarez Parra, Exp. (2016-00124), Actor: Eudoro Briñez Orjuela, Demandado: UGPP

descontar los aportes por el período comprendido entre el 30 de junio de 1988 y el 30 de junio de 1993, los cuales deberán ser indexados conforme a la fórmula establecida por el H. Consejo de Estado".

Con base en lo anterior se tiene que los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, por lo tanto, sobre estos recae la prescripción prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario[24] que a su tenor literal dispone:

"ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. *<Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:>* ***La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años,*** *contados a partir de:*

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.

2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.

3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.

4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.

(Subraya y Negrita por el Despacho)

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el accionante adquirió su status pensional el 01 de enero de 2011, por retiro definitivo del servicio, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente al factor que se ordena incluir en la presente providencia, opera respecto de los aportes anteriores a los cinco (5) años de adquisición del status pensional, es decir, que sólo se deben descontar los aportes por el período comprendido entre el 01 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, los cuales deberán ser debidamente indexados.

Así las cosas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, deberán al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas

[24] Decreto 624 de 1989 "por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

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 2015[25], en la cual se determinó:

> *"(...) 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, así como la SU-427 de 2016, que 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 unificación 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*

[25] Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. Nº. T-3.3558.256.

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 2010[26], y más recientemente la unificación de jurisprudencia de 25 de febrero de 2016[27] tanto en la extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016[28], como en la sentencia de remplazo de 9 de febrero de

[26] 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.
[27] Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve
[28] 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

2017[29], razón por la cual, el despacho seguirá aplicando el precedente 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 Tutela[30] y que señala 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).

Amén de lo anterior debe señalarse que, como el régimen pensional del señor Néstor Augusto Quimbay Poveda 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.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014[31], reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia C-258 de 2013, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que en este caso no se desconoce dicho precedente, por cuanto el peticionario adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento, en razón a lo siguiente:

---

[29] Consejo de Estado. Sección Segunda. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). RADICADO: 25000234200020130154l 01. NÚMERO INTERNO: 4683-2013. DEMANDANTE: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN DEMANDADOS: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social Universidad Pedagógica Nacional.

[30] 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).

[31] En ese Auto, la Corte resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T -078 de 2014 señalando que: *"En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena declaró inexequible la expresión "durante el último año", contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, razón por la cual sobre este aspecto del régimen especial se predica la existencia de la cosa juzgada constitucional; sin embargo, a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no extendiera sus efectos de cosa juzgada a los demás regímenes pensionales, lo cierto es que para declarar la inexequibilidad mencionada, la Sala Plena hizo una interpretación autorizada –que integra la ratio decidendi de la sentencia- del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100/93, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio, que en la Sentencia T-078 de 2014 fue seguido de forma estricta por la Sala Segunda de Revisión".*

Observa el Despacho que el señor Néstor Augusto Quimbay Poveda nació el 09 de octubre de 1954 y trabajó al servicio del Estado, desde el 24 de marzo de 1977, siendo la última entidad a la que prestó sus servicios la E.S.E. Hospital San Blas II Nivel, razón por la cual, le fue reconocida la pensión de vejez inicialmente por resolución N°. 19503 de 28 de mayo de 2012.

Anota el Despacho que en el presente asunto se cumplen los supuestos del parágrafo 4 transitorio del Acto legislativo 1 de 2005, esto es, que para el 25 de julio de 2005, el demandante contaba con al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, dado que en total cotizó 1913 semanas, por tanto se encuentra en la excepción allí prevista para el reconocimiento del régimen de transición.

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que el señor Néstor Augusto Quimbay 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 el día 09 de octubre de 2009.Sin embargo, continúo vinculado al servicio del estado por ello solo se le reconoció la pensión a partir del 01 de enero de 2011 en todo caso antes de las referidas sentencias. 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, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esa Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación[32]-[33].

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.

Lo anterior evidencia que el derecho del señor Quimbay Poveda a percibir la pensión de vejez, fue adquirido con antelación a que se profiriera la sentencia SU –

---

[32] Ley 270 de 1996 **ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** 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.

[33] Sentencia T-615 de 2016

230 de 2015, por lo tanto, como lo sostuvo la Corte Constitucional, no es viable su aplicación de manera retroactiva.

En efecto, considera el Despacho relevante indicar que, el accionante había adquirido el status pensional el día 09 de octubre de 2009, argumento que también permite concluir que su derecho y la expectativa en relación con su pensión, se había consolidado con mucha anterioridad a la fecha en que se emitió el pronunciamiento de unificación (SU-230 de 2015) y por tanto, la regla que debía atenderse era la contemplada en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Identica conclusión ha de esgrimirse frente a la sentencia SU 395 de 2017 dado que las **EXPECTACTIVAS** de las personas que quedaron protegidas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se transforman en **DERECHOS ADQUIRIDOS** en **la fecha en que se concretó el estatus pensional del ciudadano, es decir, cuando cumple la edad y el tiempo de servicio que la norma especial establecía**.

De esta manera el juez natural debía tener en cuenta dicho momento para definir la aplicación o no de las reglas creadas por la Corte Constitucional respecto al IBL y el régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La propia Corte Constitucional en la sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, con ponencia del doctor Carlos Gaviria Diaz, al estudiar una demanda de constitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993, hizo una diferenciación entre un **derecho adquirido** y la mera expectativa. Indicó de forma clara, precisa y concreta que «*...solo existe derecho adquirido cuando se han cumplido en su totalidad las hipótesis normativas exigidas para gozar de él*»

Agregó que es legítimo afirmar que cuando una persona **concretó su estatus pensional**, se debe a que cumplió con la totalidad de las hipótesis que contempla la norma pensional que regula su situación particular y concreta, es decir, se convierte frente a él **en un derecho adquirido** que debe ser protegido, conforme lo

establecen los artículos 53[34] y 58[35] constitucional y el ciudadano posee la confianza legítima de que el Estado reconocerá la pensión en las condiciones que regulan las normas para su caso concreto y en el monto allí establecido.

A lo expuesto 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.*

---

[34] «*El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
onvenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores».

[35] «*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social*».

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 considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por lo anterior, se hace necesario actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, para impedir que el demandante se vea obligada a percibir una pensión devaluada, por lo que en este caso, se ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Néstor Augusto Quimbay Poveda, la cual deberá realizarse con **el 75 % de todos los factores salariales devengados durante en el último año de servicios.**

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

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante 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*"[36]

Prescripción

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de las mismas**, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

> *"**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.".*

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

> *"**Artículo 102°**.- Prescripción de acciones.*

[36] 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

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."*

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por el señor Néstor Augusto Quimbay Poveda ante la entidad demandada el **25 de junio de 2014**, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **25 de junio de 2011**, se encuentran prescritas.

Condena en 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 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.*".

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 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 de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones[37] la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

---

[37] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección "B", Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodriguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección "B" Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defesa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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,

---

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** de las resoluciones N°: GNR 2126 del 07 enero de 2015, GNR 248331 del 14 del 14 de agosto de 2015 y VPB 70671 del 17 de noviembre de 2015, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, en cuanto negaron la reliquidación la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios al señor **NÉSTOR AUGUSTO POVEDA QUIMBAY**, identificado con C.C. N°. 11.251.032 expedida en Usme (Bogotá D.C.),

TERCERO: 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 **NÉSTOR AUGUSTO POVEDA QUIMBAY**, identificado con C.C. N°. 11.251.032 expedida en Usme (Bogotá D.C.), con el 75% de todos los factores salariales que aquella devengó en el último año de servicios (01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010), a saber: Asignación Básica, Recargos Nocturnos, Prima de Antigüedad, Prima de Servicios (1/12), Bonificación por Servicios (1/12), Prima de Navidad (1/12) y Prima de Vacaciones (1/12), de conformidad con lo indicado en la parte motiva del presente proveído.

b) **PÁGUESE** al señor **NÉSTOR AUGUSTO POVEDA QUIMBAY**, identificado con C.C. N°. 11.251.032 expedida en Usme (Bogotá D.C.), las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **01 de enero de 2011, pero con efectos fiscales a partir del 25 de junio de 2011 por prescripción trienal**. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.

c) Descontar los aportes correspondientes al factor objeto de reconocimiento en caso de no haberse efectuado deducción legal en la parte que

corresponda al trabajador, durante los cinco (5) años anteriores a la adquisición del status pensional, esto es, por el período comprendido entre el 01 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2010.

CUARTO: Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

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

SEXTO: Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez