

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (1º) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620160060300
DEMANDANTE: ANA MARÍA REYES DE SUÁREZ
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

La señora ANA MARÍA REYES DE SUÁREZ, identificada con C.C. N°. 41.659.990 expedida en 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:

“2.1. Que se declare nula la Resolución 18927 del 23 de mayo de 2012, proferida por EL INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, por estar viciada de Nulidad.

2.2. Que se declare nula la Resolución GNR 254999 del 10 de octubre de 2013, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad.

2.3. Que se declare nula la Resolución GNR 284295 del 13 de agosto de 2014, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad.

2.4. Que se declare nula la Resolución VPB 35997 del 21 de abril de 2015 proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad.

2.5. Que se declare nula la Resolución GNR 323232 del 20 de octubre de 2015, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad.

2.6. Que se declare nula la Resolución GNR23381 del 22 de enero de 2016, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad.

2.7. Que se declare nula la Resolución VPB 25100 del 13 de junio de 2016, proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por estar viciada de Nulidad

2.8. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a RELIQUIDAR LA PENSION DE VEJEZ que le fue reconocida a la señora ANA MARÍA REYES DE SUAREZ, modificandola a PENSION DE JUBILACIÓN teniendo en cuenta todos los factores salariales del último año de servicio o sumas que habitualmente recibió durante ese mismo periodo, para efectos de establecer el IBL de conformidad con la Ley 33 de 1985.

2.9. Que se condene a la demandada a realizar los incrementos de Ley a la mesada pensional, desde que la demandante adquirió el status de pensionada hasta la inclusión en nómina.

2.10. Que se condene a la demandada a cancelar el retroactivo por diferencias de las mesadas pensionales resultante de la Pensión reconocida y de la pretendida por concepto de reliquidación, desde el día 3 de septiembre de 2012, hasta la fecha de inclusión en nómina.

2.11. Que se condene a la demandada a indexar las sumas reconocidas en la sentencia.

2.12. *Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.”.*

1.1.2 Fundamento fáctico

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

“1.1. La señora ANA MARÍA REYES DE SUAREZ, nació el día 09 de diciembre de 1954.

1.2. Mi representada cumplió 55 años de edad, el día 09 de diciembre de 2009.

1.3. La señora REYES DE SUÁREZ a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 39 años de edad y más de 15 años de servicio.

1.4. Mi poderdante prestó sus servicios al estado de manera ininterrumpida, durante el periodo comprendido de 01/07/1974 hasta el día 02/09/2012.

1.5. El tiempo en que prestó sus servicios mi representada, corresponde a 13.044 días, que a su vez equivalen a 36 años 2 meses y 24 días.

1.6. Durante el citado periodo, mi representada tenía la calidad de EMPLEADA PÚBLICA.

1.7. El día 27 de abril de 2011, la señora ANA MARÍA REYES DE SUAREZ, solicitó ante el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

1.8. Mediante resolución No. 18927 del 23 de mayo de 2012, EL INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, reconoce la prestación solicitada, en cuantía de \$ 1.412.194,00 para el año 2012, condicionando su pago hasta que se acredite el retiro del servicio.

1.9. El porcentaje aplicado al Ingreso Base de Liquidación, fue del 79.25 % por cuanto se aplicó el régimen general de pensiones contemplado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003.

1.10. Posteriormente, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, emite la resolución No. GNR 254999 del 10 de octubre de 2013, reconociendo y ordenando pagar la pensión de vejez a partir del 6 de octubre de 2012, en cuantía de \$ 1.140.226,00.

1.11. Frente a la citada resolución se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

1.12. Mediante resolución No. GNR 284295 del 13 de agosto de 2014, que desatara el recurso de reposición se ordena reliquidar la pensión de vejez en cuantía de \$1.140.254 y reconoce la prestación a partir del 3 de septiembre de 2012.

1.13. Finalmente mediante resolución No. VPB 35997 del 21 de abril de 2015 se desató el recurso de apelación confirmando la resolución No. GNR 284295 del 13 de agosto de 2014.

1.14. Posteriormente el día 27 de abril de 2015, mi representada solicita la reliquidación de su pensión de vejez.

1.15. Mediante resolución No. GNR323232 del 20 de octubre de 2015, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES niega la reliquidación solicitada.

1.16. Frente a la citada resolución se interpone recurso de reposición y en subsidio apelación a fin que se reliquide de conformidad con la ley 33 de 1985 aplicando la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.17. Mediante resoluciones GNR 23381 del 22 de enero de 2016 y VPB 25100 del 13 de junio de 2016 que desatara los recursos de reposición y apelación respectivamente, se confirma en todas y cada una de sus partes la resolución No. GNR 323232 del 20 de octubre de 2015.

1.18. De conformidad con el auto de fecha 11 de marzo de 2010, dictado por el Pleno de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del Proceso cuya radicación número 25000-23-25-000-2009-00130-01 (1563 – 09), con ponencia del Honorable Consejero Gerardo Arenas Monsalve, no es procedente la conciliación respecto de esta materia.”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Artículo 1º de la Ley 1985

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que los actos acusados son vulneratorios de las normas precitadas, toda vez que COLPENSIONES al liquidar la pensión de la demandante tomó datos incompletos y erróneos. Además la entidad demandada debió liquidar la pensión de jubilación de la accionante de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La entidad demandada en memorial visible a folios 128-143, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de misma, 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 32 de 1986 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. Colpensiones reconoce la pensión de la demandante, y mediante la resolución N°. GNR 284295 de 13 de agosto de 2014, se ordena a reliquidar la pensión de la demandante conforme a derecho teniendo en cuenta todos los presupuestos aplicables, en consecuencia no sería viable acceder a una nueva reliquidación de la pensión pues la mismo se hizo teniendo en cuenta el régimen de transición en su totalidad.

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: Ratifica todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda.

Parte demandada: Ratifica todos los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, Indica que la pensión reconocida al demandante se encuentra ajustada a derecho.

El **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 la señora Ana María reyes de Suárez, 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 devengados 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° 18927 del 23 de mayo de 2012¹, el Instituto Colombiano del Seguro Social- le reconoció a la señora Ana María Reyes de Suárez, una pensión de jubilación, la cual quedó en suspenso hasta el día del retiro definitivo.
- Posteriormente, y con ocasión del retiro del servicio, Colpensiones, mediante la resolución N°. GNR 254999 de 10 de octubre de 2013², reliquidó la pensión de jubilación de la señora Ana María Reyes de Suárez. En dicho acto administrativo se liquidó la pensión de jubilación de conformidad en lo establecido en la Ley 797 de 2003.
- La demandante interpuso recurso de reposición y apelación contra el acto administrativo de reliquidación pensional, siendo resueltos desfavorablemente mediante las resoluciones Nos. 284295 de 13 de agosto de 2014³ y VPB 35997 de 21 de abril de 2015⁴.
- El día 27 de abril de 2015, la demandante solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de jubilación, siendo resuelta dicha solicitud por

¹ Folios 3-7

² Folios 10-13.

³ Folios 15-18

⁴ Folios 20-22.

resolución N°. GNR 323232 de 20 de octubre de 2015⁵, a través de la cual se resolvió negar la petición de la señora Ana María Reyes de Suárez.

- Inconforme con la decisión adoptada por la entidad accionada, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación⁶.
- Que la entidad demandada, mediante resolución N°. GNR 23381 de 22 de enero de 2016⁷ y VPN 25100 de 13 de junio de 2016⁸, resolvió los recursos de reposición y apelación, respectivamente, confirmando la decisión recurrida.
- Que según consta en certificación emitida por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Subdirección Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., visible a folios 166 a 168 del expediente; la señora Ana María Reyes de Suárez, en el último año de servicios, percibió, entre otros, los siguientes emolumentos: Sueldo Básico, Prima de antigüedad, Recargo permanencia, Bonificación especial por recreación, Bonificación por Servicios, Prima de servicios, Prima de vacaciones, Sueldo de vacaciones y Prima de navidad.

2.3 MARCO NORMATIVO.

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.

De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945⁹ 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 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 pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

⁵ Folios 24-26.

⁶ Folios 27-46.

⁷ Folios 48-51.

⁸ Folios 53-59.

⁹ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966¹⁰, “*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 73º.- 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 cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978¹¹, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, “*todas las*

¹⁰ 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.

¹¹ “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.”.

*sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios*¹².

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 45º.- 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 tuvieran 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 1985¹³, 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:

¹² Artículo 42º.- 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

¹³ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”.

“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**¹⁴, 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

¹⁴ "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"

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 1º 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 Estado¹⁵ 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 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:

¹⁵ 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):

“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 legítimas 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 beneplácito 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 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», comprendida en su parágrafo 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 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 resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutable; (b) su executable o, (c) su executable 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 otros¹⁶. 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 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

¹⁶ «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.»

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 Estado¹⁷ 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 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 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 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

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 24 de noviembre de 2016, Rad. N°.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).

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 párrafo 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...”

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

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Ana María Reyes de Suárez, nació el **09 de diciembre de 1954**, según consta en copia de cedula de ciudadanía obrante a folio 76 del plenario, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante contaba con **más de 35 años de edad**, de lo que se infiere que aquella **es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 (Art.36).**

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que la accionante se desempeñó en el sector público por más de 20 años, por ello, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de jubilación, como en efecto se verifica de la revisión de la resolución N°. 18927 del 23 de mayo 2012, quedando en suspenso su inclusión en nómina hasta tanto retirara definitivamente del servicio (folios 3-7).

Con posterioridad, COLPENSIONES, mediante la resolución N° GNR 254999 de 10 de octubre de 2013, reliquidó la pensión reconocida a la demandante, e indicó que el régimen más favorable era el contenido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 1997 de 2003.

Así, se observa que la Administradora Colombiana de Pensiones, para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, aplicó el régimen previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, infiriéndose de ello, que la entidad demandada, si bien, aduce haber aplicado el principio de favorabilidad, ello no

obedece a la realidad, dado que a la señora Ana María Reyes de Suárez debió reconocérsele la referida prestación de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el año anterior a la fecha de retiro definitivo del servicio.

Se precisa, que en el caso concreto, a la demandante se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 79.23% del promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años al retiro del servicio, siendo así, en apariencia, más favorable, que el 75% de lo devengado en el último año de servicios. Sin embargo, la entidad demandada omitió, al momento de establecer la favorabilidad respecto de la aplicación de la Ley 33 de 1985, la inclusión de todos los factores percibidos por la actora en el último año, pues solo tuvo en cuenta los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, situación que conlleva una indebida aplicación del principio de favorabilidad, comoquiera que no es igual, el 75% de la asignación básica y la bonificación por servicios, al 75% de TODOS factores salariales devengados en el último año de servicios (asignación básica, primas, bonificaciones y demás).

Ahora bien, del certificado de sueldos expedido por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., visible a folios 166 a 168 del expediente, la demandante, en el último año de servicios (**de 03 de septiembre de 2011 al 02 de septiembre de 2012**), percibió los siguientes factores salariales: Sueldo Básico, Prima de antigüedad, Recargo Permanencia, Bonificación especial por recreación, Prima de servicios, Prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, Prima de navidad.

Así las cosas, observa el Despacho que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que, por un lado, no le tuvo en cuenta el régimen pensional que era más favorable, y de otra parte, por cuanto no incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales devengados por la señora María Romero Constanza Maldonado en el último año de servicios, por lo tanto, le asiste el derecho a la demandante que se le reliquide su pensión de jubilación aplicando en su integridad el régimen previsto en la Ley 33 de 1985.

Advierte este Juzgador que la bonificación por recreación (también certificada) aunque fue devengada en el último año de servicios, no se 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 salarial¹⁸, 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.

Respecto al emolumento de **suelo de vacaciones**, se precisa que aquel no constituye factor salarial, por cuanto no tienen como fin retribuir los servicios, sino brindar al trabajador un tiempo de descanso para recuperar la fuerza laboral perdida por el transcurso de un año laborado.

En lo atinente a los factores salariales de “*Bonificación por Servicios, Prima de Servicios, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones*”, el Despacho acoge la tesis del Consejo de Estado, en la que establece lo siguiente que se toma por doceavas partes por ser emolumentos que se perciben una sola vez en el año, así:

“(...) 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”. (...)”¹⁹.

“(...) 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 (...)”

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.

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 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.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado²⁰ 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.”

Así las cosas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, deberán al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas 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 2015²¹, 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

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)

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. N°. T-3.3558.256.

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 2010²², y más recientemente la unificación de

²² 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

jurisprudencia de 25 de febrero de 2016²³ tanto en la extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016²⁴, como en la sentencia de remplazo de 9 de febrero de 2017²⁵, 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 Tutela²⁶ 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 beneficiaria 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 de la señora Ana María Reyes de Suárez 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 2014²⁷, 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

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.

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

²⁴ 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

²⁵ 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 Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social Universidad Pedagógica Nacional.

²⁶ 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).

²⁷ 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 inexecutable 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 inexecutable 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”.

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 la peticionaria adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento, en razón a lo siguiente:

Observa el Despacho que la señora Ana María Reyes de Suárez nació el 09 de diciembre de 1954, y, cotizó durante más de 20 años en el sector público razón por la cual le fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución N° 18927 de 23 de mayo de 2012, como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Anota el despacho que en el presente asunto se cumplen los supuestos del párrafo 4 transitorio del Acto legislativo 1 de 2005, esto es, que para el 25 de julio de 2005, la 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 1865 semanas, por tanto, se encuentra en la excepción allí prevista para el reconocimiento del régimen de transición.

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.

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 la 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 a la señora Ana María Reyes Suárez, 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 la 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 la 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.

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 41º.- 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 102º.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanen 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 solicitud de reliquidación de la pensión por retiro del servicio presentada por la señora Ana María Reyes de Suárez ante la entidad demandada en el año 2013 y dado que la pensión le había sido reconocida por Resolución 18927 de 23 de mayo de 2012 por el Instituto de Seguros Sociales, quedando en suspenso hasta acreditar retiro del servicio. Como la pensión se ordenó su pago por Resolución 25499 de 10 de octubre de 2013 siendo ingresada en nómina para el periodo 2013-10, resulta evidente que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

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 Secciones²⁸ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración 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

²⁸ 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 Wadís Rodríguez 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: Camelo 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.

* 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.

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 de defensa 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,

FALLA

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

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** parcial de la resolución N°. 18927 de 23 de mayo de 2012, proferida por el Instituto Colombiano del Seguro Social; y la **NULIDAD** total de las resoluciones Nos. GNR 254999 de 10 de octubre de 2013, GNR 284295 de 13 de agosto de 2014, VPB 35997 de 21 de abril de 2015, GNR 323232 de 20 de octubre de 2015, GNR 23381 de 22 de enero de 2016 y VPB 25100 de 13 de junio de 2016, actos administrativos proferidos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, por medio de los cuales se le negó la reliquidación de la pensión de vejez a la señora ANA MARÍA REYES DE SUÁREZ, identificada con C.C. N°. 41.659.990 expedida en Bogotá D.C., conforme lo expuesto en la parte motiva.

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 la señora ANA MARÍA REYES DE SUÁREZ, identificada con C.C. N°. 41.659.990 expedida en Bogotá D.C., con el 75% de todos los factores salariales que aquella devengó en el último año de servicios (03 de septiembre de 2011 al 02 de septiembre de 2012), a saber: Sueldo Básico, Prima de antigüedad, Bonificación por servicios (1/12), Prima de servicios (1/12), Prima de vacaciones (1/12), y Prima de navidad (1/12).
- b) **PÁGUESE** a la señora ANA MARÍA REYES DE SUÁREZ, identificada con C.C. N°. 41.659.990 expedida en Bogotá D.C., las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **03 de septiembre de 2012**. 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.

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.

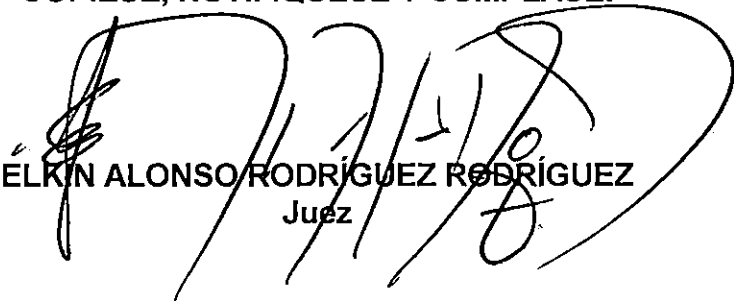
QUINTO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO: 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