



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00506-00
Demandante: REBECA MOLINA DE QUIROZ
Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES -FONCEP
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia -RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Rebeca Molina de Quiroz en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Rebeca Molina de Quiroz, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, mediante la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la actora.

2. Se declare la nulidad de la Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016, mediante la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora.

3. Se declare la nulidad de la Resolución No. 000929 del 28 de abril de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior Resolución.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP:

El reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, esto es, periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2008 y el 14 de septiembre de 2009.

Se condene a la entidad demandada a reajustar la mesada pensional con los incrementos de ley desde el momento de adquisición del status pensional hasta la inclusión en nómina.

Que se ordene a efectuar el pago del retroactivo pensional por la diferencia que resulte entre la pensión reconocida y la que resulte del reajuste desde el 17 de marzo de 2013 hasta la fecha de inclusión en nómina.

Indexar las anteriores sumas con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, desde la fecha de efectividad de la pensión y hasta la fecha en que se incluya en nómina el valor reliquidado de la prestación y las diferencias dejadas de percibir.

Que se condene al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4º de la Ley 700 de 2001.

Cumplir con la sentencia en los términos consagrados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales y agencias en derecho de conformidad a lo establecido en el Acuerdo 1887 del 2003 expedido por LA Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 59 y 60):

La señora Molina nació el 13 de mayo de 1953 y laboró al servicio de la Secretaría Distrital de Integración Social desde el 14 de mayo de 1973 hasta el 14 de septiembre de 2009, esto es, por 36 años, 3 meses y 26 días.

A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora tenía 40 años de edad y más de 20 años de cotizaciones efectuadas al sistema general de seguridad social en pensión.

Mediante Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Molina, en cuantía inicial de \$780.090 m/cte.

La actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 17 de marzo de 2016, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación.

Mediante Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016, la entidad demandada negó la anterior solicitud.

La actora interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016, el cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la Resolución No. 000929 del 28 de abril de 2016.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 13, 48, 53, 83 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

En síntesis señaló que la entidad demandada debió liquidar la pensión de jubilación de la actora con base en los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y no con el promedio de lo devengado en los 10 años de servicio, disposición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, como respaldo de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls.100 a 113).

El apoderado del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Manifestó que la entidad que representa con la decisión contenida en los actos administrativos acusados de nulidad en el presente asunto, cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, la pensión de la actora se debe liquidar con el 75% del promedio de los factores salariales contemplado en el Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, como respaldo de sus argumentos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, haciendo especial énfasis en la sentencia de unificación SU 230 DEL 2015.

De otro lado, propuso las excepciones de:

(i) *"CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES PARA LA EXPEDICIÓN de la RESOLUCION 000885 del 19 de JUNIO de 2009, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD"*, al señalar que la entidad que representa ha cumplido con los reajustes ordenados en los actos que lo soportan, los cuales se encuentran vigentes y se presumen legales; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, de las sumas de dinero que se ordenen reconocer por el término de 3 años y (iii) *"EXCEPCIÓN GENÉRICA"*, respecto de la prosperidad de las excepciones que puedan ser declaradas de oficio.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada *"CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES PARA LA EXPEDICIÓN de la RESOLUCION 000885 del 19 de JUNIO de 2009, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones que la sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de la controversia que ahora no ocupa, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo,

modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

La excepción de prescripción será estudiada en caso de que las pretensiones sean favorables a la parte actora.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 30 de marzo del año en curso (Fls. 130 a 135), en la etapa de alegatos las partes alegaron de conclusión.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que la entidad demandada vulneró los principios constitucionales con la expedición de las resoluciones atacadas en el asunto de la referencia, toda vez, que la actora tiene derecho a que se le reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada señaló que la entidad que representa le respetó la edad, tiempo de servicios y monto, toda vez que los mismos los cumplió en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, comparte el criterio de la Corte Constitucional consagrado en la SU 230 de 2015.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 30 de marzo de 2017 (Fls. 130 a 135), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- Si a la demandante le asiste derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985.
- Si la actora tiene derecho al pago de intereses moratorios, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, mediante la cual el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la actora (Fls. 3 a 8).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP el 17 de marzo de 2016, mediante el cual la parte actora solicitó el reajuste de su pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 (Fls. 9 a 20).

2.3. Copia simple de la Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016, mediante la cual la entidad demandada negó la solicitud de reajuste de la pensión a la actora (Fls. 21 a 26).

2.4. Recurso de reposición presentado el 18 de abril de 2016, en contra de la decisión contenida en la anterior resolución (Fls. 27 a 38).

2.5. Copia simple de la Resolución No. 000929 del 28 de abril de 2016, mediante la cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes la Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016 (Fls. 39 a 47).

2.6. Certificación expedida por la Secretaria de Integración Social el 20 de octubre de 2015, mediante la cual relaciona información laboral de la actora (Fl. 48).

2.7. Certificado de información laboral de la actora (Fls. 49 a 55).

2.8. Certificación de los factores salariales devengados por la actora en los años 2008 y 2009 (Fl. 56).

2.9. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la actora (Fls. 57)

2.10. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la actora (Fl. 117).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

"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 mas 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. (...)". (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

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

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto)."

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)"*

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de 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, anotando lo que sigue:

*"(...) 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.***

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional."¹ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de***

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**.² (Negritas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

Posteriormente, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

"(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos

² *Ibidem.*

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado."

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado."

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a

la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

"Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

(...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

"(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben

reconocerse como parte integrante del IBL, apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de n2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...):

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

"(...)

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵.

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario⁶, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y

⁴ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

⁵ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."

*6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."*⁷

(...)"

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser mas significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *"produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación"*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

"(...)

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo

⁷ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"sí bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

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, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". [Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013". (...)"

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.
(...)

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera integral y completa la norma anterior, con fundamento en los

principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Finalmente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

{...}

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

{...}

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuento no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)"

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Rebeca Molina de Quiroz, actuando a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a la actora y la nulidad de las Resoluciones Nos. 000744 del 4 de abril de 2016 y 000929 del 28 de abril de 2016, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y resolvió un recurso de reposición, respectivamente.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 30 de junio de 1995, para los servidores del nivel distrital, fecha para la cual la señora Rebeca Molina de Quiroz tenía 42 años

de edad, pues nació el 13 de mayo de 1953, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 57 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP, en Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, mediante la cual le reconoció a la señora Molina pensión mensual vitalicia de vejez (Fls. 3 a 8).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de vejez de la actora aplicó la Ley 33 de 1985, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, es decir, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, con la inclusión de los factores señalados en el Decreto 1068 de 1995, hecho que da a concluir que el régimen de transición no fue aplicado en su integridad.

Así las cosas, de conformidad a la certificación expedida por la Responsable del Programa Pre Pensionados –Subdirección de Gestión y Desarrollo del Talento Humano (Fl. 48), la señora Rebeca Molina de Quiroz laboró en la Secretaría Distrital de Integración Social, desde el 14 de mayo de 1973 hasta el 14 de septiembre de 2009, con una interrupción de 4 días en el periodo del 19 de octubre al 24 de octubre del 2007, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 14 de septiembre de 2009.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 14 de septiembre de 2009, relacionados en el

Formato No. 3 y en la certificación expedida por la Profesional Universitaria de la Secretaría Distrital de Integración Social (Fls. 55-56), según los cuales, la actora percibió: asignación básica, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de vacaciones, salario de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, reconocimiento por permanencia, alimentación y transporte.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 000744 del 4 de abril de 2016 (Fls. 21 a 26), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados, quedando pendientes de reconocer los denominados: prima de servicios, prima de vacaciones, salario de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación, reconocimiento por permanencia, alimentación y transporte.

En consideración a los conceptos no reconocidos por la entidad en la liquidación pensional de la actora, se hace necesario citar el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, que refiere a la bonificación por recreación, según el cual:

“ARTÍCULO 15. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.” (Negrilla del Despacho).

Del precedente normativo se colige que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para ningún efecto legal, razón por la cual, no hay lugar a tal reconocimiento.

De otra parte, el salario de vacaciones no constituye factor salarial, toda vez que *“no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales.(...) la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus*

*vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación (...)*⁸, en tal sentido, el Despacho no accederá a su inclusión.

Finalmente, respecto del reconocimiento por permanencia creado por el artículo 1º del Acuerdo 276 del 27 de febrero de 2007, consagró:

“CREACION. Créase el Reconocimiento por Permanencia para empleados públicos del Distrito Capital a los que hace referencia el artículo 3º del Acuerdo, como un componente del régimen salarial, el cual no constituye factor salarial para ningún efecto legal” (Negritas fuera de texto).

En ese sentido, quedó establecido que el reconocimiento por permanencia no constituye factor salarial para ningún efecto legal, razón por la cual, no se ordenará su inclusión en la reliquidación de la pensión que devenga la actora.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009, a través de la cual el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP, reconoció una pensión de vejez a la actora y la nulidad de las Resoluciones Nos. 000744 del 4 de abril de 2016 y 000929 del 28 de abril de 2016, mediante las cuales se negó a la actora la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y se resolvió un recurso de reposición.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP, reliquidar la pensión de la señora Rebeca Molina de Quiroz, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 14 de septiembre de 2009, a saber: **alimentación, transporte y las doceavas partes de la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad**, además de los ya reconocidos como asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados.

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

Adicionalmente, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción que corresponda al trabajador.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el reajuste de la pensión de la señora Rebeca Molina de Quiroz se ordenó teniendo en cuenta que los ingresos percibidos en el último año de servicios no han sido aumentados de manera significativa, pues los mismos corresponden a la realidad y los ha devengado de manera habitual y periódica.

Además se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Finalmente, es relevante indicar que en el presente asunto se tiene en cuenta la ratio decidendi de la Corte Constitucional consagrada en la sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, puesto que la señora Molina consolidó su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la sentencia C-258 del 2013, esto es, el 14 de septiembre de 2009, al estar sujeta a la acreditación del retiro definitivo del servicio como lo indicó el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP en la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009 (Fl. 7), situación que permite reliquidar la pensión de la actora con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Ahora bien, con el fin de establecer si la actora tiene derecho a que se le ordene el pago de intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, es menester citar lo que al respecto precisó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010⁹, de la siguiente manera:

"(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)" (Negritas fuera de texto).

⁹ Sección Segunda- Subsección "B" M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

En virtud de lo anterior, no se ordenará el reconocimiento de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en consideración a que ordenar la indexación y adicionalmente reconocer dichos intereses resultaría condenar a la administración a un doble pago de la misma naturaleza.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios el 17 de marzo de 2016, de lo que se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 17 de marzo de 2013.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de vejez, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se

evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 000885 del 19 de junio de 2009 y la nulidad de las Resoluciones Nos. 000744 del 4 de abril de 2016 y 000929 del 28 de abril de 2016, expedidas por el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 17 de marzo de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP a reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez de la señora Rebeca Molina de Quiroz, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.582.414 de Bogotá, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de su retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 14 de septiembre de 2009, a saber: además de la asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados ya reconocidos, los siguientes: **alimentación, transporte y las doceavas partes de la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, a partir del 17 de marzo de 2013**, por prescripción trienal, previo descuento del valor de los aportes pensionales no realizados sobre los factores certificados, en la proporción correspondiente al trabajador, si a ello hubiere lugar.

CUARTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de vejez, 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 debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

QUINTO.- Sin lugar a condena en costas.

SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy 3 de mayo de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 020.



ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario