



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Agosto treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

Referencia:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado:	15238-33-33-002-2016-00088-00
Demandante:	Cipriano Saavedra Rincón.
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES.

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir de fondo el asunto de la referencia mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., el Señor CIPRIANO SAAVEDRA RINCON, por intermedio de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad de los Actos Fictos o Presuntos que se configuraron por la no respuesta por parte de Colpensiones frente a la solicitud de reliquidación de pensión de jubilación incluyendo todos los factores devengados presentada el 15 de Agosto de 2014 y del recurso de apelación interpuesto contra el Acto Negativo Presunto el día 12 de Junio de 2015.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la demandada a reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicios en la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, a reliquidar la mesada pensional teniendo en cuenta el IPC, a reconocer los intereses de mora desde la fecha en que se hizo merecedor del pago de su primera mesada pensional, a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Frente a lo anterior, debe advertirse que en audiencia inicial celebrada el día 03 de Abril de 2017, este Despacho de oficio estudio la excepción de *inepta demanda por proposición jurídica incompleta*, toda vez que según la documentación allegada por la entidad demandada, el demandante el día 19 de Julio de 2011 había presentado petición de reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, la cual fue resuelta de forma desfavorable mediante Resolución No. 26197 del 26 de Julio de 2012 y que mediante Resolución No. 325168 del 21 de Octubre de 2015 COLPENSIONES se había pronunciado frente a las dos peticiones que el demandante presentó y de las cuales predicaba el silencio negativo y por ende los actos fictos o presuntos, los cuales según lo expuesto claramente no se configuraron.

Por lo anterior, consideró el Despacho que en el presente asunto debían demandarse dichos actos administrativos pues los mismos contenían la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, pues necesariamente componían la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria, razón por la cual se interrogó al apoderado de la parte demandante, quien solicitó al Juzgado que incorporará los actos administrativos referidos por ser susceptibles de control de legalidad, por lo que el Despacho precisó que en el presente asunto la pretensión iba dirigida a verificar la legalidad de la Resolución No. 26197 del 26 de Julio de 2012 pues respecto de la Resolución No. 325168 del 21 de Octubre de 2015 que resolvió las

peticiones de las cuales se predicaba silencio negativo se declaró probada la ineptitud sustantiva de la demanda, al no haberse agotado el recurso de apelación que contra la misma procedía, tal y como lo manifiesta el apoderado (fl. 106 reverso).

Por lo expuesto, la pretensión de la demanda va encaminada a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 26197 del 26 de Julio de 2012 proferida por el extinto ISS mediante la cual se niega su reliquidación de pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

3. FUNDAMENTOS FACTICOS.

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

Que la última entidad donde el Señor CIPRIANO SAAVEDRA RINCON, prestó sus servicios fue en la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Que el Instituto de Seguros Sociales sucedido por COLPENSIONES, en la resolución de reconocimiento pensional indica que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en la Ley 1158 de 1994.

Que el demandante, el 15 de Agosto de 2014 solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados como empleado de la ESE HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO a saber asignación básica, las horas festivas y recargos nocturnos, prima de vacaciones, bonificación anual, prima de servicios y prima de navidad.

Que el día 12 de Junio de 2015, interpuso recurso de apelación en contra del acto negativo presunto por falta de respuesta oportuna frente a la petición de reliquidación del 15 de Agosto de 2014, el cual aduce tampoco fue resuelto por la entidad demandada.

No obstante, el Despacho reitera que los hechos concernientes a la falta de respuesta a las peticiones presentadas por el demandante quedaron desvirtuados con lo aportado por la entidad demandada, toda vez que mediante Resolución No. 325168 del 21 de Octubre de 2015 Colpensiones resolvió tales solicitudes.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, se violaron las siguientes disposiciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial:

Preámbulo, Artículos 1, 2, 5, 6, 13, 23, 25, 29, 43, 53, 90, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política; artículo 36 Ley 100 de 1993, artículo 1 Ley 33 de 1985, artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, artículo 259 del CST, artículo 16 del CPACA, Sentencias C-340 de 1996, T- 012 de 1992, T- 058 de 1997, T-074 de 1997, Sentencia 2482 del 26 de Febrero de 2006 Corte Suprema de Justicia.

Señaló, que la entidad demandada vulnera los postulados constitucionales porque desconoce su derecho de recibir una mesada equivalente al salario que devengaba lo cual a su vez implica vulnerar los valores fundamentales de justicia igualdad y derecho al trabajo.

Indicó, que el Gerente de Colpensiones, en su facultad nominadora y asumiendo la representación legal de la entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Constitución tenía el compromiso en su actuar administrativo de respetar la Constitución, la ley y evitar la extralimitación de sus funciones.

Manifestó, que la entidad demandada al negarle el reconocimiento de todos los factores salariales vulnera el artículo 6 de la Constitución Política, pues no solo ha desconocido los mandatos constitucionales sino que se ha extralimitado en sus funciones, pues quebranta el orden jurídico justo que se garantiza la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y la Ley desconociendo sus deberes de guarda, protección y promulgación de su imposición de respeto al principio de justicia material que le es confiado a las autoridades de la República.

Finalmente, destaca que hay falsa motivación cuando la entidad demandada opta por apartarse de una manera incomprensible frente al reconocimiento del derecho salarial que se reclama, justificando su determinación en paliación de pronunciamientos judiciales en los cuales no hay un fallo definitivo y que se sustenta en argumentos distintos a los expuestos en la solicitud de reliquidación, por tanto aduce que el verdadero motivo o falsa motivación de la declaratoria de no pago de todos los factores salariales y la tasa de reemplazo del 75% es la necesidad de mostrar niveles de eficiencia financiera y superávit económico.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, por no encontrar respaldo en la realidad de los hechos, habida consideración que no se estructuraron los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad de la reliquidación de la pensión.

Indica, que no se configuró el acto ficto o presunto, en tanto que la entidad mediante Resolución GNR 325168 de 21 de Octubre de 2015 dio respuesta al recurso de apelación contra el acto ficto o presunto, que fue radicado el 16 de Junio de 2015 ante la entidad, siendo notificada el 29 de Octubre del mismo año a la Señora Elizabeth Álvarez Ramírez, conforme a las facultades dadas por el apoderado de la parte demandante el Doctor Conrado Arnulfo Lizarazo Pérez tal y como se demuestra en documental adjunta.

Refiere, que en el acto administrativo anterior se niega por improcedente el recurso de apelación sin embargo se realiza un nuevo estudio de la reliquidación solicitada manifestándole al demandante que no es posible dar aplicación a la Ley 33 de 1985 teniendo en cuenta que el afiliado no cumple con los requisitos que el artículo 1 señala, pues el Señor Saavedra únicamente reporta un total de 17 años, 11 meses y 2 días al servicio del Estado de los 20 años que la norma requiere para su aplicación, por lo que las resoluciones emitidas por la entidad se efectuaron con observancia de la normatividad vigente para el caso en particular.

Señala, que al no ser posible la aplicación de la norma referida la entidad hizo el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante conforme a la Ley 71 de 1988 pues acredita un total de 24 años y 04 días de cotización al sector público y al ISS como independiente, con una tasa de reemplazo del 75% sobre el promedio de lo que faltara para pensionarse a entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 dando aplicación al inciso 3 del artículo 36 de la norma referida, pues la Ley 71 de 1988 permite para el reconocimiento de la pensión la acumulación de tiempo cotizado tanto al ISS como a una o varias entidades de previsión social del sector público, teniéndose en cuenta como factores salariales los del Decreto 1158 de 1994 que fueron devengados por el trabajador y reportados ante la entidad.

Aduce, que al realizar un análisis de la Ley 100 de 1993, se comete un error de interpretación pues como lo manifiesta la Corte dicha Ley únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio de equilibrio del sistema y de los demás principios

generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política, se restringió el tema del IBL, toda vez que al aplicar las normatividades anteriores respecto a este aspecto se violaría el derecho a la igualdad, equidad y solidaridad beneficiando a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la Ley 100, con base en la equidad, es decir se le asigna el IBL de acuerdo al IBC reportado por cada afiliado a la entidad.

Finalmente propuso las excepciones denominadas "Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario", Inexistencia del derecho y la obligación, Improcedencia de la indexación, Improcedencia de los intereses moratorios, Cobro de lo no debido, Buena fe, Prescripción, Compensación o deducción de pagos realizados y "excepción genérica" (fls. 67 a 71).

La excepción propuesta de "*Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario*", fue resuelta en audiencia inicial celebrada el 03 de Abril de 2017 declarándose no probada (fl. 107).

6. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 29 de Marzo de 2016 (fl. 40), siendo asignada por reparto al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama y remitida por este mismo en virtud de la falta de competencia territorial a la Oficina de Apoyo Judicial de Sogamoso (fl. 42) siendo asignada por reparto a este Despacho Judicial; por auto del 03 de Junio de 2016 se admitió la demanda, ordenando notificar a Colpensiones, Ministerio público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 48) y por auto del 11 de Julio de 2016 se corrigió la radicación del proceso indicándose que la misma es 15238-33-33-002-2016-000-88-00 y no 15759-33-33-002-2016-0079-00 como se había registrado (fl. 51).

Posteriormente, el 23 de Marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls. 95 y 96); el 03 de Abril se dio continuación a la audiencia inicial (fls. 105 a 108) el 26 de Abril de 2017 se celebró la audiencia de pruebas (fl.124) la cual culminó el 17 de Mayo del mismo año, disponiéndose prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y ordenando correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 153 y 154).

7. ALEGATOS DE LAS PARTES

La entidad demandada presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la contestación, manifestó que es completamente improcedente que se ordene una reliquidación en aplicación de la Ley 33 de 1985 en favor del demandante, toda vez que no es beneficiario del mismo, por tanto no resulta aplicable dicho régimen careciendo de sustento fáctico y legal de la reliquidación pretendida.

Solicita, se tenga en cuenta que el régimen de transición determina solo como condiciones a mantener la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios y el monto de la prestación pensional estableciéndose que los demás requisitos o condiciones se regirán por lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, siendo una conclusión valida a la luz de la norma y la jurisprudencia proferida por el Alto Tribunal Constitucional, por tanto la norma aplicable por remisión del régimen de transición pensional no puede ser aplicable en su integridad pues se enfrentan principios que deben ser ponderables y de ello resulta que el principio de inescindibilidad de la norma posee menos fuerza argumental prefiriéndose la aplicación de principios de igualdad y sostenibilidad del sistema pensional, interpretación que se respalda en lo preceptuado por la Sentencia SU 230 de 2015 de la misma Corporación.

Refiere, que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 que fuere ratificada por la Sentencia SU 230 de 2015 las rodea total credibilidad y obligatorio cumplimiento para los Jueces de la República debido a que la Jurisprudencia es fuente de derecho, por lo que aplicando lo preceptuado por la Corte concluye la entidad que el demandante no tiene derecho a que se realice la reliquidación de la prestación pensional, en tanto así lo ha determinado el conjunto del sistema normativo colombiano, por conducta de interpretación integral por ello se tiene que los factores que alcanzan el grado de ultractividad son los concernientes a la edad, número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo de la pensión dejando por fuera de la transición lo correspondiente al IBL.

El Ministerio Público no rindió concepto dentro de este proceso.

8. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el Señor **CIPRIANO SAAVEDRA RINCON** tiene derecho a que COLPENSIONES reliquide su pensión de jubilación por aportes, con inclusión de todos los factores salariales que hubiere devengado en el último año de servicios anterior al retiro, dando aplicación a la Ley 33 de 1985 como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: i) Marco Normativo del Régimen de transición; ii) Marco Jurisprudencial en materia pensional; iii) caso concreto.

9. MARCO NORMATIVO – REGIMEN DE TRANSICIÓN.

La Ley 100 de 1993 mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones estableció en su artículo 36 inciso 2 el **régimen de transición** en los siguientes términos:

“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.”

En virtud de la norma en cita, se infiere que la Ley 100 de 1993 instituyó un régimen de transición entendido como aquel beneficio en favor de las personas que cumplan al entrar en vigencia la nueva ley ciertos requisitos establecidos por dicho precepto, estos son que el interesado tenga mínimo 40 y 35 años de edad dependiendo si es hombre o mujer o 15 o más años de servicios cotizados, para así seguirse rigiendo por el régimen anterior al cual se encontraban afiliados en cuanto edad, tiempo y monto de la pensión.

Ahora bien, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes de contenido prestacional, dentro de los cuales se encuentra el previsto en la Ley 33 de 1985, el cual en su artículo primero señala:

“Artículo 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 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” (Subrayado y negrilla fuera del texto.

En relación con los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión son los establecidos en el artículo 3° de la citada ley, los cuales están constituidos por la: *“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”*, posteriormente el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

Por otra parte, con la expedición de la Ley 71 de 1988 se permitió que una persona acumulara el tiempo de servicio prestado en el sector privado y público para obtener un total de 20 años laborados que se exigen para adquirir el status pensional. Así lo establece el Consejo de Estado:

“El régimen de transición aplicable a las personas que al 1° de abril de 1994 cumplían con alguno de los requisitos prescritos en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que para efectos del requisito del tiempo necesita acumular los años de servicios a empleadores públicos con las cotizaciones al ISS causadas por vinculación laboral de carácter privado, es el de la Ley 71 de 1988, en el cual, si se trata de hombres, la edad para adquirir el derecho pensional es de 60 años.”¹

Así pues, la norma referida se convirtió en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, para quienes requieren computar el periodo de tiempo de servicios prestados en el sector público y privado, cuyo artículo 1° consagró:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada por el Decreto 2709 de diciembre de 1994, que preceptuó:

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

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

“Artículo 6°: SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA PENSION POR APORTES: El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificarlo (sic) pagado por los citados conceptos durante el periodo correspondiente.”

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

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 9 de marzo de 2006. Radicación 1718. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda.

De lo anteriormente expuesto, se colige que la pensión de jubilación por aportes se originó con el propósito de permitir la sumatoria del tiempo de servicio o cotizaciones del sector público o privado en cualquier tiempo, de modo que, es inviable considerar que para el reconocimiento de la citada pensión es necesario haber efectuado los aportes al Instituto de Seguro Social, tanto del sector público como privado, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que, antes de su expedición, quienes estaban obligados a afiliarse al Instituto de Seguro Social eran aquellos que prestaban sus servicios a empleadores particulares mediante contrato de trabajo o aprendizaje, los funcionarios de la seguridad social, y los pensionados cuya prestación fuera compartida con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguro Social.

10. MARCO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA PENSIONAL

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, explicó que los factores salariales señalados por la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que constituya factor salarial, es decir, aquello que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio, estableciendo que frente a los beneficiarios del régimen de transición que se encontraran cobijados por la Ley 33 de 1985, la pensión de jubilación debía liquidarse con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Además aclaró, 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, aplicación que también acoge el Consejo de Estado² en un caso particular, criterio que acoge este Despacho, toda vez que el mismo está inspirado en principios como el de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas.

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación **SU-230 de 2015**, invocada en la contestación de la demanda, la alta corte expresó que el régimen de transición solo comprende la edad, el monto y las semanas de cotización, sin incluir el Ingreso Base de Liquidación, sobre el cual precisó que no es susceptible de ninguna transición.

No obstante, en sentencia de unificación del 25 de Febrero de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente 2014-00159, se apartó de la posición adoptada por la Corte Constitucional en Sentencia SU 230 de 2015, por considerar que existen contradicciones entre esta y la sentencia C-258 de 2013, circunstancia que impide construir una posición sólida y coherente frente al tema de la reliquidación pensional, como quiera que fijo como precedente para el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones del sector público pertenecientes al régimen de transición.

Así pues concluyó que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenden la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje establecido legalmente (75%), por tanto la única excepción a este criterio, es la ley 4 de 1992 que refiere a los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes que no pueden extenderse a los demás regímenes pensionales como lo señaló la sentencia C- 258 de 2013.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-Sección A, Sentencia Rad. 05001-23-31-000-2004-01043-01(1001-10) del 9 de Febrero de 2012 MP GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 26 de Mayo de 2016 con ponencia de la Magistrada PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO en el proceso radicado bajo el numero 2013-194-01 señaló que en vista de la función unificadora del Consejo de Estado frente a asuntos de relevancia jurídica, económica o social, sin perjuicio de la Corte Constitucional, y dado que existen posiciones contrapuestas en los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se acoge a la posición asumida por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y superior jerárquico del Tribunal y de los diferentes Juzgados Administrativos.

Posteriormente, la Corte Constitucional profiere la Sentencia SU 427 de 2016, en la cual señaló:

“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 peticionario, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y 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 (...).”

“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 (...).”

En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión”.

Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de tutela del 15 de diciembre del 2016, tuteló el derecho fundamental al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, dejó sin efectos la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por desconocer el precedente de la Corte Constitucional plasmado en la Sentencia SU-2015 y ordenó proferir una nueva decisión.

Dado lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Cesar Palomino Cortes, profiere la Sentencia del 09 de febrero de 2017 advirtiendo que los términos que se adoptan obedecen, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, pero que **“no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación”.**

Así pues, el Alto Tribunal indico que en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, por tanto la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello señala:

"no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional a través de sentencias de unificación, en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales.

Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas".

Allí el H. Consejo de Estado deja sentado que:

"(...) si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inicialmente coincidió en la noción de salario en sentido amplio, y en el concepto de monto e ingreso base de liquidación como una unidad inescindible, los que en el contexto del régimen de transición, debía aplicarse el régimen anterior en integridad, lo que guarda concordancia con la línea jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, finalmente aquella Alta Corporación, concluyó que el ingreso base de liquidación, no hace parte del régimen de transición y que debe establecerse con reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente que los factores para ese fin, solo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. En esas condiciones se evidencia que la Corte Constitucional mutó su tesis en relación con la interpretación del régimen de transición. También en ese contexto la noción de salario, pues la restringió al indicar que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, son únicamente sobre los que se hubiere cotizado."

Entonces no es que se aliente a desconocer la posición de la Corte Constitucional, sino que en el ámbito especial del poder jurisdiccional es obligatorio que el juez en sus decisiones este motivado por el raciocinio judicial, la aplicación de las normas de acuerdo con los principios constitucionales que les dieron origen y que en ese entendido, se proteja eficazmente los derechos adquiridos por los ciudadanos en aplicación de los márgenes que le dan alcance.

Es así que en esta sentencia se analiza detalladamente la situación pensional de los servidores públicos y en concreto se reitera que en virtud de los principios constitucionales de progresividad y favorabilidad de los derechos de la seguridad social en pensiones *"cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación"* de acuerdo a lo esbozado a lo largo de esa providencia emergen claras las razones que reiteran la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es simple y llamante, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental"

Finalmente, se resalta que en Sentencia de Tutela del 23 de Marzo de 2017 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente radicado bajo el No. 11001-03-15-000-2016-03366-01 se varió la posición respecto de la aplicación de la Sentencia SU 230 de 2015 precisando que la jurisprudencia vigente es aquella emitida al momento en que se causa el derecho pensional, así pues señaló:

"se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la Sentencia SU 230 de 2015 lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado,

el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la Sentencia del 4 de agosto de 2010.

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, quien logró la materialización de manera legal de su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional. (Negrilla del Despacho).

Obligatoriedad de las sentencias de unificación - Precedente

La ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa. Así entonces en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.

Valga precisar, que el artículo 270 del CPACA preceptúa:

***Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previo:

***Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.*

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

*El reconocimiento de la jurisprudencia como **fuentes formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.** (negrilla fuera del texto).*

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte Constitucional que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de aplicar el precedente judicial.

11. CASO CONCRETO

En el presente caso, no se discute que el demandante CIPRIANO SAAVEDRA RINCON es beneficiario del régimen de transición creado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que en los actos administrativos demandados, ni en la contestación de la demanda, se pone en duda tal condición.

De igual manera, se observa que para el 01 de Abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 40 años de edad dado que la fecha de su nacimiento data del **20 de Octubre de 1942** como lo acredita su cedula de ciudadanía (fl. 38).

Ahora bien, con el propósito de determinar el régimen pensional que rige la situación particular del demandante, es necesario precisar el carácter público o privado, o ambos, de la vinculación laboral que tuvo durante el tiempo de servicio que le sirve de sustento para solicitar su pensión de jubilación, pues, la naturaleza de dicho vínculo es primordial al instante de establecer las disposiciones aplicables.

Se encuentra probado que el Señor CIPRIANO SAAVEDRA RINCON efectuó cotizaciones a CAJANAL del 16 de Septiembre de 1967 al 01 de Enero de 1971 con el Instituto Seccional de Salud, del 01 de Enero de 1971 al 30 de Diciembre de 1973 con el Hospital Regional de Sogamoso y finalmente del 01 de Enero de 1974 al 30 de Junio de 1978 nuevamente con el Instituto Seccional de Salud, para un total aproximado de **10 años y 10 meses** (fl. 22)

De igual manera, se encuentra acreditado con el resumen de semanas cotizadas por empleador visible a folios 144 a 146 del expediente que el demandante realizó cotizaciones al ISS **desde el 17 de Abril de 1989 hasta el 30 de Septiembre de 2003** periodo dentro del cual aportó como trabajador independiente del 17 de Abril de 1989 al 31 de Octubre de 1995 y del 01 de Julio de 1997 al 30 de Junio de 1998 es decir un total de 7 años y 6 meses y aportes como empleado efectuados por el Hospital Regional de Sogamoso del 01 de Diciembre de 1995 al 30 de Abril de 1997 y del 01 de Mayo de 1998 al 30 de Septiembre de 2003, para un total de semanas cotizadas de 724.61 es decir aproximadamente **14 años**, lo anterior de conformidad con el certificado de detalle de pagos efectuados obrante a folios 139 a 142 del expediente.

No obstante lo anterior, se advierte que hay imprecisión en los meses de Mayo y Junio de 1998, pues de acuerdo al certificado de pagos, este fue asumido por el Señor Cipriano Saavedra y a su vez por el Hospital Regional de Sogamoso, sin embargo se observa que el demandante fue vinculado a dicha entidad a partir del 13 de Mayo de 1998 por lo que se infiere que quien asumió el aporte de dichos meses fue el empleador más aun cuando para el periodo de Junio de 1998 se reporta solo un día cotizado por el Señor Saavedra (fl. 145) a contrario sensu para el mismo periodo de cotización el Hospital Regional de Sogamoso reporta cotización de 30 días (fl. 145 reverso), por lo que se deduce que quien efectuó cotizaciones para esos meses fue dicha entidad en calidad de empleador.

Así pues, se colige de lo anterior que el Señor Cipriano Saavedra hizo aportes para pensión con ocasión de vinculación de carácter público y de carácter privado como trabajador independiente, tal y como se desprende de los documentos aportados por la entidad demandada, por tanto el régimen aplicable en este caso, corresponde a la Ley 71 de 1988, por cuanto que la Ley 33 de 1985 exige como presupuesto para obtener dicha prestación que además de contar con 55 años de edad, se haya prestado servicio como empleado oficial por un lapso mínimo de 20 años continuos o discontinuos y en el caso que nos ocupa el demandante tan solo laboró al servicio público, aproximadamente **18 años**, pues para obtener su pensión de jubilación se tuvo en cuenta la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo cotizado a

cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.

En ese orden, se encuentra probado que mediante **Resolución No. 131 de 9 de Febrero de 2004**, el extinto ISS reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación por aportes al demandante, la cual se dejó en suspenso hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio (fls. 22 a 24).

Que el demandante, mediante petición radicada el 19 de Julio de 2011 solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación por aportes, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, solicitud que fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 26197 de 26 de Julio de 2012 visible en el primer archivo en formato PDF del expediente magnético contenido en el CD que obra a folio 89.

Posteriormente, el demandante presenta petición el día 15 de Agosto de 2014, en la cual reproduce de manera íntegra el contenido de la petición antes referida (fls. 25 a 28 y presenta recurso de apelación el día 12 de Junio de 2015 (fls. 29 a 31), los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. 325168 del 21 de Octubre de 2015, negando expresamente la reliquidación de la pensión y el recurso de apelación por improcedente (archivo No. GRF-AAT-RP-2015_5285373-20151021081838 del CD obrante a folio 89) y frente al cual valga precisar el Despacho no realizará pronunciamiento alguno por cuanto que se declaró probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por no agotar el recurso de apelación que procedía contra la misma.

Así las cosas y partiendo del hecho que la norma que gobierna el reconocimiento pensional del demandante es la Ley 71 de 1988, se debe establecer que factores se deben tener en cuenta para la reliquidación de su pensión.

En ese orden, es preciso indicar que el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 que reglamento la norma referida, establece el salario base para la liquidación de la pensión por aportes, sin embargo el mismo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 y a su vez, el artículo 24 fue declarado ajustado a la legalidad mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado³, pues considero que no había exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, ni violación del principio de unidad de materia, como lo alegaba el demandante en esa oportunidad.

Por lo anterior y como lo indicó el Consejo de Estado en Sentencia de 19 de Febrero de 2015 con radicado No. 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13) no se tenía un parámetro para establecer el salario base de liquidación en esta clase de pensiones, por lo que ante este vacío normativo generado por la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, la Sección Segunda había acuñado tesis conforme la cual "*la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993*", tal y como lo hizo en sentencia del 9 de junio de 2011⁴.

No obstante, en reciente Sentencia del 15 de mayo de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, declaró la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de

³ Consejo de Estado, Sentencia con Radicado interno 2586-07, C.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila.

⁴ Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1117-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. En similar sentido, de la misma Subsección y con ponencia del mismo Consejero, se puede consultar sentencia del 18 de marzo de 2010, radicado interno 2322-2008.

⁵ Radicado interno 2427-2011, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Elías Núñez Ramos. Como razones para declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, entre otras cosas, dijo la Sección Segunda:

1997, proferido por el Presidente de la República, “solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.”, pero por motivos diversos a los que había analizado la Sección Segunda en la sentencia del 22 de septiembre de 2010, razón por la cual la regla dispuesta en el artículo 6º continúa vigente.

Así pues, para efectos de re-liquidar la pensión al demandante, deberán tenerse en cuenta los artículos 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994, sin embargo como dicha norma no señala los factores de liquidación de la pensión y no es procedente en este asunto remitirse a los establecidos ni para el sector público ni para el sector privado pues se vulneraría el principio de *inescindibilidad* de la norma, el Despacho acoge la interpretación que el Consejo de Estado realizó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de dos mil diez (2010), con radicado interno 0112-2009 con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en los siguientes términos:

“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 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. (Negrilla fuera de texto)”

De lo anterior, se deduce que debe tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación todo lo que haya percibido el demandante de manera habitual y como retribución por su labor, salvo que se trate de un factor expresamente excluido por la ley para tales efectos, así pues se tiene que durante el año anterior al retiro definitivo del servicio comprendido entre el **04 de Octubre de 2002 al 03 de Septiembre de 2003**, el demandante de acuerdo al certificado expedido por el Profesional Universitario de Talento Humano de la ESE Hospital Regional de Sogamoso visible a folio 37 del expediente devengó *asignación básica mensual, horas festivas-recargos nocturnos, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación anual, prima de servicios y prima de navidad*, factores salariales que no fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada al momento del reconocimiento de su pensión de jubilación por aportes, a pesar de haber sido percibidos de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Así las cosas, el acto acusado se encuentra viciado de ilegalidad, toda vez que violó las normas en que debía fundarse, siendo procedente declarar la **nulidad** de la Resolución No. 26197 del 26 de Julio de 2012 proferida por el extinto ISS mediante la cual se niega su reliquidación de pensión de jubilación por aportes con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como consecuencia de ello, se dispondrá el restablecimiento del derecho respectivo y para tal efecto se ordenará a la entidad demandada que re-liquide la pensión de jubilación del demandante en el equivalente al **75%** del promedio de lo devengado incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al

“Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988). Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.”

retiro esto es del **04 de Octubre de 2002 a 03 de Septiembre de 2003**, se excluye el factor de vacaciones toda vez que no constituye salario, ni prestación, sino un descanso remunerado no computable para fines pensionales.

Se precisa, que respecto de los factores salariales devengados por anualidades en este caso, *prima de vacaciones, bonificación, prima de servicios y prima de navidad*, el reajuste deberá realizarse sobre una doceava parte de los mismos al igual que las horas festivas-recargos nocturnos deberán ser incluidas teniendo en cuenta solo los periodos en que fueron causadas y devengadas es decir Enero, Marzo, Mayo y Julio de 2003.

Es importante destacar, que si bien es cierto el demandante en el libelo introductorio no establece la Ley 71 de 1988 como noma violada, también lo es que según el acto administrativo de reconocimiento de la pensión y el que negó su reliquidación se hizo mención a dicha Ley por cuanto que el Señor Saavedra no cumplía con el requisito de los 20 años al servicio del Estado, por tanto es pertinente hacer referencia a la misma y aplicarla en su integridad pues es evidente que la pretensión del demandante esta encaminada a que su pensión se liquide con base en normas anteriores en virtud del régimen de transición del que es beneficiario, es decir con inclusión de todos los factores salariales devengados en el ultimo año de servicios que valga precisar no son aplicables por vía de la Ley 33 de 1985 sino por el alcance dado por este Juzgado a la Sentencia de Unificación del 4 de Agosto de 2010 expuesta en apartes anteriores, situación que atiende a los principios de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades.

12. Descuentos por aportes no realizados sobre los factores salariales certificados para efectos de la reliquidación de la mesada pensional.

Como quiera que la entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento del valor de los aportes no realizados sobre el factor salarial reconocido en esta sentencia, aplicando el descuento a lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, conforme a la prescripción extintiva. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

Lo anterior teniendo en cuenta la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá que ha sido sentada en los siguientes términos:⁶

"El demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en la ley vigente para cuando se efectuó el pago. En el caso del demandante entonces empleado en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social."

*En consecuencia solo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el ultimo año de prestación de servicios y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador **respecto de los factores distintos** a los que se señalaron en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.*

13. INDEXACION

Los valores que resulten de la nueva liquidación se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del presente fallo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

⁶ Sentencia 4 de Agosto de 2016 Ref.-150013333012-201400203-01 M.P. Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui,
Sentencia 14 de Septiembre de 2016 Ref.- 150013333005-201500106-01 M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE -vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia-, por el índice inicial -vigente a la fecha en que debió realizarse el pago, así que esta fórmula se aplicara separadamente para cada mesada pensional desde la fecha de su causación y para las demás mesadas.

14. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

De conformidad con los argumentos anteriormente esbozados es claro que las excepciones denominadas “*inexistencia del derecho y de la obligación*”, “*Improcedencia de la indexación*”, “*cobro de lo no debido*” y “*Buena fe*”, propuestas por la apoderada de la entidad demandada, carecen de vocación de prosperidad, por cuanto el marco jurídico determina el régimen pensional aplicable al demandante, encontrando que le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión con base en todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Como quiera que en el presente caso se accede a las pretensiones de la demanda, el Despacho, estudia la excepción de **prescripción** propuesta por la apoderada de la entidad demandada.

Al respecto, debe señalarse que si bien es cierto, el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales se les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

Se observa que el acto demandado, es decir la Resolución No. 26197 se expidió el **26 de Julio de 2012** (*visible primer archivo en formato PDF del expediente magnético contenido en el CD que obra a folio 89*) y la demanda fue presentada el **28 de Marzo de 2016** (*fl.24*); es decir cuando ya habían transcurrido más de tres (3) años, en consecuencia **habrá que declararse la prescripción** respecto de las diferencias de las mesadas pensionales anteriores al **28 de Marzo de 2013**, por lo que se dispondrá que la reliquidación ordenada produzca efectos fiscales sólo a partir de ésta última fecha, sin perjuicio que la liquidación se realice desde el **04 de Septiembre de 2003**, fecha a partir de la cual nace el derecho.

15. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho **no impondrá** condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, toda vez que si bien se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el restablecimiento del derecho mediante la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes al demandante, también prospera la **excepción de prescripción** sobre las diferencias de las mesadas pensionales causadas tres años anteriores a la presentación de la demanda.

16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, “*administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”

FALLA:

Primero.- Declarar probada la excepción de la *prescripción* de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **28 de Marzo de 2013**, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Declarar no probadas las excepciones de "*inexistencia del derecho y de la obligación*", *Improcedencia de la indexación*, "*cobro de lo no debido*" "*Buena fe*", "*Inexistencia de intereses moratorios*" propuestas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 26197 del 26 de Julio de 2012 proferida por el extinto ISS mediante la cual se niega la reliquidación de pensión de jubilación por aportes al demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Cuarto.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación por aportes al Señor CIPRIANO SAAVEDRA RINCON identificado con C.C. No. 4.215.428, efectiva a partir del 04 de Septiembre de 2004, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior al retiro, esto es entre el 04 de Octubre de 2002 a 03 de Septiembre de 2003, incluyendo como factores salariales: *asignación básica mensual, horas festivas- recargos nocturnos meses de, Enero, Marzo, Mayo y Julio de 2003, una doceava de prima de servicios, una doceava de bonificación anual, una doceava de prima de vacaciones y una doceava de prima de navidad*, se excluyen las vacaciones, por las razones expuestas.

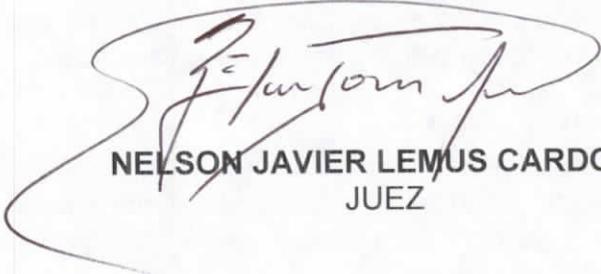
Quinto.- La entidad demandada, al momento de reliquidar y pagar la pensión con inclusión de todos los factores, deberá realizar los descuentos que no se hubieren efectuado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión, durante los últimos cinco (5) años anteriores a la consolidación del derecho pensional, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena reconocida en favor de la demandante.

Sexto.- La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194, 195 e inciso final del Art. 187 del CPACA.

Octavo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Noveno.- En firme esta providencia archívese el expediente, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ