



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

Sogamoso, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Referencia: *Nulidad y Restablecimiento Del Derecho*
Radicación: *152383339752-2015-00079-00*
Demandante: *Oscar Julio Lara Tello*
Demandado: *Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones*

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir¹ sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el Dr. OSCAR JULIO LARA TELLO, por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución número GNR-135859 del 24 de abril de 2014, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, concedió la pensión de vejez demandante de forma compartida con el Fondo de Prestaciones, Cesantías y Pensiones de Bogotá FONCEP a partir del 1 de mayo de 2014, condicionando el ingreso a nómina una vez se demuestre la desvinculación como funcionario de la Rama Judicial, igualmente reclama la nulidad de la Resolución VPB 17262 del 6 de octubre de 2014, que en sede del recurso de apelación, confirmó la decisión adoptada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo preceptuado en el Acto legislativo 01 de 2005, por lo cual la entidad demandada debe re-liquidar la pensión especial de vejez de conformidad con lo estatuido en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 y se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la reliquidación de dicha pensión con fundamento en los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, en concordancia con lo indicado en la Circular 054 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación y artículo 132 del decreto 1660 de 1978, desde la fecha que se acredite el retiro definitivo del servicio.

Reclama que se condene a Colpensiones al pago de las diferencias que resulten producto de la reliquidación solicitada, a su pago retroactivo, al pago de primas y demás bonificaciones debidamente indexadas, solicita que la reliquidación de la pensión de vejez se haga con base en la asignación mensual más elevada devengada durante el último año laborado por el demandante.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Finalmente solicita se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, y que la parte demanda sea condenada en costas, gastos del proceso y agencias en derecho.

3. HECHOS

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

La demanda señala que el demandante nació el día 29 de febrero de 1956 como se constata en la copia de la cédula de ciudadanía aportada (fl.31), por lo tanto el día 29 de febrero de 2011 cumplió los 55 años de edad, requisito exigido por el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, para el reconocimiento de la pensión Especial por Vejez, por haber pertenecido a la Rama Judicial.

Agrega que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, 1° de abril de 1994, el demandante tenía más de 15 años efectivamente cotizados en pensión, siendo beneficiario así del régimen de *transición* determinado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que considera que su pensión se aplica la norma anterior de forma integral que corresponde al artículo 6° del Decreto 546 de 1971, situación a la que igualmente alega tener derecho ya que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 este contaba con más de 750 semanas efectivamente cotizadas.

Señala la demanda, que el demandante ha laborado por más de 13.152 días, correspondientes a 1.879 semanas, equivalentes a 36.53 años, de los cuales más de 13 años han sido al servicio exclusivo de la Rama Judicial, requisito indispensable para que se le reconozca la pensión especial de vejez en los términos del Artículo 6° del decreto 546 de 1971.

Considera el apoderado judicial que en cuanto al hecho que el demandante a 1° de abril de 1994 no se hubiera encontrado afiliado al sistema y cotizando para la rama judicial no es óbice para que la reliquidación de pensión no se efectúe con fundamento en el régimen especial establecido para los funcionarios de la rama judicial, exigir dicho requisito cuando la ley no lo previó sería discriminatorio.

Finalmente se señala que el demandante no se ha retirado del servicio, ya que él y su familia dependen de su trabajo y por ende la pensión, que es el único ingreso que en el futuro puede contar para su sustento y el de su núcleo familiar.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante fundamento su demanda en lo dispuesto en los Artículos 1°, 2° 4° 6°, 11°, 13, 29, 53, 83, 85, 87, 90, de la Constitución Política, Artículos 8° y 9°, de la Ley 153 de 1887, artículos 3, 138, 162, 164, numeral 2 literal d. de la ley 1437 del 2011 (Nuevo código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo), Decreto 546 de 1971 artículo 6°, artículo 12 decreto 717 de 1978, ley 100 de 1993 artículos 36 y 150. Acto legislativo 01 de 2005, Artículo 132 del decreto 1660 de 1978, y demás normas Legales Vigentes y Concordantes. Circular 054 del 3 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación.

Señala que se vulnera el artículo 1°, de la Constitución Política, que define el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, con la conducta desplegada por los Funcionarios encargados del Pago y Reconocimiento de la Pensión Especial de vejez del demandante y con su negativa de desconocer dicho procedimiento especial, toda vez que es una persona que ha laborado por más de 36 años de los cuales los últimos 13 han sido al servicio de la Rama Judicial. Con el ítem que dicho tiempo le fue reconocido por el ente demandado.

Acusa que la entidad demandada, vulneró lo estatuido en el artículo 36 inciso 2° de la ley 100 de 1993, por cuanto el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en dicha preceptiva legal, si bien es cierto en uno de los actos administrativos le reconocen dicho beneficio; también lo es que, al momento de liquidar su pensión, no lo llevó a cabo con fundamento en los factores salariales devengados en el último año laborado, conforme lo estatuye el Decreto 546 de 1971, situación que es corroborada con lo consagrado en el parágrafo 4° del acto legislativo 01 de 2005, el cual confirma que se debe respetar el régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993 para aquellos empleados y funcionarios que estén cobijados por el mismo, como sucede en el presente asunto, el cual va inclusive hasta el año 2014, que a la letra preceptúa:

"Parágrafo transitorio 4°. 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".

Igualmente en materia laboral con fundamento en normas de rango constitucional y teniendo en cuenta el principio de la *favorabilidad*, se debe aplicar éste al trabajador para no hacerle más gravosa su situación y en el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de vejez al actor, lo mismo que en el que agotó la vía gubernativa, el ente demandado, no tuvo en cuenta y dejó de aplicar el régimen especial para esta dase de funcionarios del estado, vulnerando con ello el principio de favorabilidad, el cual solicita sea tenido en cuenta y aplicado en el caso base de estudio, de manera integral, finalmente cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que sustenta las pretensiones de la demanda.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, contestó la demanda (fl.95-107) oponiéndose a las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas por la demandante, en razón a las nulidades de los actos administrativos atacados, señala que los mismos fueron expedidos conforme a derecho, ya que se liquidó la pensión del demandante con base en la Ley 33 de 1985 atendiendo a que el beneficiario es acogido por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo señala que no es posible aplicar en este caso el Decreto 546 de 1971 según las directrices señaladas en la circular interna 01 del 01 de octubre de 2012 emitida por la Vicepresidencia Jurídica de Colpensiones, ya que el demandante no contaba con tiempos laborados en la Rama Judicial o el Ministerio Publico con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En defensa de su argumentación cita la sentencia SU-230 de 2015, la cual refiere al ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, estableciendo que el mismo no está determinado por el régimen anterior, sino por los artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, ya que la mencionada sentencia únicamente mantuvo el régimen de transición para aspectos de edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión.

Propuso las siguientes excepciones denominadas

- *Inexistencia del derecho y la obligación*
- *Improcedencia de la Indexación,*
- *Improcedencia de los intereses moratorios*

- Cobro de lo no debido
- Buena fe de Colpensiones
- Prescripción e innominada o genérica

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el día 06 de Febrero de 2015 (fl.46) correspondiéndole por reparto al Juzgado Tercero Administrativo en Descongestión de Duitama, quien mediante providencia del 24 de marzo de 2015 dispuso inadmitir la demanda (fl.48) la cual fue subsanada y estando para decidir sobre su admisión la titular del Despacho se declaró impedida para conocer del asunto (fl.53), decisión contra la cual la apoderada de la parte actora interpuso recurso de reposición y subsidio apelación (fl.87-88) los cuales fueron rechazados mediante auto de fecha 11 de junio de 2015 (fl.61)

Posteriormente el día 2 de marzo de 2016, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró infundado en impedimento invocado (fl.67-70), por lo que el expediente regreso a los Juzgados Administrativos de la ciudad de Duitama, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Segundo Oral Administrativo de Duitama, en razón a la finalización de la descongestión judicial, Despacho que al encontrar que el último año de servicios del demandante era el Municipio de Tópaga, por auto del 2 de Junio de 2016 (fl.75) ordenó remitir por competencia territorial el expediente al Circuito Judicial de Sogamoso, correspondiendo por reparto a este Juzgado (fl.79).

Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2016 (fl.81) dispuso admitir la demanda, descrito el traslado de las excepciones, mediante auto de fecha 13 de febrero de 2017 (fl.152) dispuso tener por contestada la demanda y fijar fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

El día 31 de mayo de 2017 se realizó la audiencia inicial (fl.135-136) en la que surtidas las etapas, se decretaron pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 10 de Julio de 2017 (fl.155-156) en la que además de practicar aquellas decretadas, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento contemplada en el artículo 182 del C.P.A.C.A., otorgando a las partes el término de 10 días para que allegaran por escrito sus alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión (fl.164-170) insistiendo en que el demandante cumple los requisitos exigidos en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, toda vez que a julio del año 2005 contaba con más de 750 semanas de cotización al sistema (1.395) como consta en la historia laboral obrante en el expediente, situación que es reconocida por la entidad demandada en sus actos administrativos; agrega que el demandante se afilió al extinto seguro social en el año 1976, por lo que cotizó por más de 34 años, de los cuales más de 16 han sido al servicio de la Rama Judicial, por lo que en su parecer, es beneficiario de lo estatuido en el Decreto 546 de 1971 que establece el régimen especial para los funcionario de la Rama Judicial y el Ministerio Publico, aplicando al momento de liquidar el valor de la mesada pensional los factores salariales señalados por los Decreto 717, artículo 12 y 911 de 1978 artículo 4.

Indica que lo señalado en la sentencia proferidas por la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU 230 de 2015 no le son aplicables al presente asunto, ya que el demandante es beneficiario del régimen de transición y para establecer el índice base de liquidación su mesada pensional promediando lo devengado en el último año y no como equivocadamente se realizó promediando los últimos 10 años.

COLPENSIONES alegó de conclusión (fl.157-163), señalando que se opone al reconocimiento y pago de la prestación pensional del señor OSCAR JULIO LARA TELLO en los términos del artículo 6 del Decreto 546 de 1971, aduciendo que el demandante no es beneficiario de ese régimen, ya que para el 01 de abril de 1994 no presentaba cotizaciones al dicho régimen, acota que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protege la expectativa legítima de pensionarse en el régimen al cual se encontraban afiliados, respaldada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, igualmente señala que el demandante para abril 1 de 1994 contaba con cotizaciones en fondos privados, por lo que en principio no le sería aplicable ningún régimen público.

Solicita se de aplicación a la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, ya que constituyen precedente que debe ser obligatoriamente acogidos por los Jueces de la Republica.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el Señor **OSCAR JULIO LARA TELLO**, como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se re-liquide su pensión ordinaria vitalicia de jubilación, en el equivalente al 75% de la mensualidad más elevada devengada en el último año de servicios conforme régimen especial señalado en el Decreto 546 de 1976, pese que no cotizó aportes en pensión como funcionario o empleado a la Rama Judicial para el 01 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o si por el contrario le aplica el régimen general contemplado en la Ley 33 de 1985 que prevé la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

9. MARCO NORMATIVO

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado, se abordará el marco jurídico del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la aplicación del régimen especial para empleados y funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Publico.

Régimen de transición

La Ley 100 de 1993, creo el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en su artículo 36 estableció un *régimen de transición*, que señaló la edad, el tiempo de cotización y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general el 1 de Abril de 1994, hayan cumplido 35 años de edad, si son mujeres o 40 años de edad, si son hombres, o que hubieren cumplido 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado, indicando que su régimen será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Mediante la sentencia de 4 de agosto de 2010², la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó sobre el particular:

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Exp. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

La Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

[...]

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, 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 y así lo solicitó en la demanda (...)

Estas salvedades, ante la entrada en vigencia de un nuevo régimen encuentran plena justificación en el límite que tiene el legislador para cambiar las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, al respecto la Corte Constitucional³ indicó

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho - deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

De esta manera se está protegiendo el derecho pensional de aquellas personas que se encuentran en las circunstancias especiales señaladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicando que accederán a su jubilación una vez cumplan los requisitos señalados en el régimen pensional anterior.

Régimen Pensional Especial de la Rama Judicial - Decreto 546 de 1971.

Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público cuentan con un régimen especial aplicable para quienes fueron cobijados por la transición de la Ley 100 de 1993 ya referida, el cual está reglamentado por el Decreto 546 de 1971⁴, que en su artículo 6 establece:

“Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y al cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Así las cosas los funcionarios y empleados que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público y se encuentren cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, continúan con el derecho a disfrutar de una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

³ Corte Constitucional, sentencia C-789 de 2002

⁴ “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público”.

Aplicación del Régimen Especial - Posturas Jurisprudenciales.

La discusión respecto de la aplicación del régimen de transición especial de la Rama Judicial señalado en el Decreto 546 de 1971 para casos como el que nos ocupa, no ha sido pacífica, así la Corte constitucional⁵ al igual que la Sección Segunda del Consejo de Estado, inicialmente concluyeron que para la aplicación de este régimen especial, era requisito indispensable encontrarse vinculado a la Rama Judicial para el día 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo posteriormente el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, expidió la sentencia de unificación jurisprudencial⁶, según el cual, no es una limitante para aplicar el régimen especial, no estar vinculado a la Rama Judicial o el Ministerio Público a fecha del 1 de abril de 1994

Postura Corte Constitucional

Al respecto la Corte Constitucional ha adoptado diferentes posturas respecto de la aplicación del régimen especial en pensión cuando no se cuenta con afiliación a este, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la sentencia **T-080 de 2013** hace un recuento del cambio de criterio de interpretación así:

*Ahora bien, con respecto a la frase “en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados” del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha adoptado distintas interpretaciones. En un principio, el Alto Tribunal, en la Sentencia **C-596 de 1997**, señaló de forma categórica que en virtud de este aparte del precepto, para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia de Ley 100 de 1993, es decir, al 1° de abril de 1994, sus principales razones fueron las siguientes:*

En primer lugar, la Corporación adujo que en consideración a que la Ley 100 de 1993 busca proteger una expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al cual se encontraba inscrito el trabajador, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger. La Corporación señaló:

“(…) quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional.

Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.” (Subrayado en el texto original).

En segundo lugar, señaló que el principio de favorabilidad se aplica cuando efectivamente se tiene expectativa frente a un derecho. Señaló expresamente la Corporación:

⁵Sentencias T-353 de 2012, T-080 de 2013, T-237 del 30 de abril de 2015 y T-482 de agosto de 2015

⁶ Consejo de Estado, providencia de 12 de septiembre de 2014, radicado interno No. 1434-14, Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“El principio de favorabilidad supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la pertinente. La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación”.

Las diversas interpretaciones del Tribunal Constitucional respecto del régimen normativo han tenido variaciones, así en otra oportunidad consideró que para ser beneficiario de un régimen especial en virtud del régimen de transición, no resultaba necesario estar inscrito en él al 1 de abril de 1994, tesis sostenida en las sentencias T-631 de 2002⁷, T-483 de 2009⁸ y T-771 de 2010⁹ entre otras, sin embargo en la sentencia **T-353 de 2012**¹⁰, retorna a la tesis original de la sentencia C-596 de 1997 al considerar que la tesis de la sentencia T-483 de 2009 constituye una desnaturalización del régimen de transición, al respecto indico:

“Esta Sala no comparte que en casos como el estudiado en esta ocasión, se aplique el régimen de pensiones de la Rama Judicial y del Ministerio Público a aquellas personas que a 01 de abril de 1994 no se encontraban vinculados a alguna de las dos dependencias, pues de lo contrario se desnaturaliza el régimen de transición.

De hecho, el propósito del legislador al establecer el régimen de transición fue garantizar el respeto por las expectativas que algunas personas tenían con relación a la adquisición de un status pensional al cotizar en un sistema o régimen distinto a los que se crearían con la Ley 100 de 1993¹¹. En efecto, el inciso segundo del artículo 36 de la referida ley, establece que: 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.

Así, el régimen de transición conservó las antiguas disposiciones legales bajo las cuales las personas venían haciendo sus aportes a la seguridad social y exigió el cumplimiento de ciertas condiciones. De modo que las personas que a 01 de abril de 1994 tuvieran 35 años o más, si son mujeres, y 40 años o más, si son hombres, mantendrán 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 del régimen anterior al que se encontraban afiliados.

Ahora bien, cuando se dice ‘el régimen anterior al que se encontraban afiliados’ ¿A qué se hace referencia? Para la Sala, la respuesta lógica y razonable es que se hace alusión al régimen al que se encontraban afiliados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Postura Consejo de Estado

El Consejo de Estado¹² inicialmente adoptó la postura originaria de la Corte Constitucional, como lo establece la Sentencia del 12 de abril de 2012, señala:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 631-2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 483-2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 771-2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 352-2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-377 del 12 de mayo de 2011. MP. Humberto Sierra Porto.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. No. 1977-10, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

*“Se tiene entonces, que tal y como se evidencia en el acervo probatorio allegado al expediente que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor Robles Carrillo no era beneficiario del régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971 para los servidores de la Rama Judicial, pues a pesar de que laboró en ella durante un mes en el año 1971, **no se encontraba para el 1 de abril de 1994 vinculado a la Rama Judicial** y por ende no contaba con un derecho adquirido o una expectativa razonable para que se reconociera su derecho pensional de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del mencionado Decreto.”*

No obstante lo anterior, en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 12 de septiembre de 2014, el Alto Tribunal¹³ dio aplicación al Decreto 546 de 1971, pese que la demandante no se encontraba vinculada a la Rama Judicial para el 1 de abril de 1994, dicha sentencia indicó:

*“De conformidad con el recaudo probatorio obrante en el proceso, se evidencia que la actora desempeñó labores al servicio de la Rama Judicial en el cargo de Juez Adjunto de los Juzgados Penales Municipales de Popayán desde el 6 de febrero de 1981 hasta el 11 de abril de 1982 (fl.18); en la **Universidad del Cauca del 4 de mayo de 1982 al 18 de abril de 1995** (fl.62); en el Consejo de Estado en calidad de Magistrada Auxiliar desde el 2 de septiembre de 2002 hasta el 31 de enero de 2006 y del 16 de mayo de 2006 hasta el 10 de enero de 2008 (fl.52); como Procuradora Primera Judicial II Administrativo de Bogotá entre el 11 de enero de 2008 y el 17 de enero de 2008 (fl. 53); nuevamente como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado desde el 18 de enero de 2008 hasta el 12 de mayo de 2010 (fl. 52); y, el último cargo que desempeñó fue en calidad de Consejera de Estado entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de octubre de 2011 (fl. 52).*

Nació el 12 de abril de 1957 (fl. 4).

(...)

De las anteriores probanzas la Sala infiere, que la demandante desempeñó sus labores al servicio del Estado por más de 20 años, ocupando como último cargo el de Magistrada de Alta Corte, entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de octubre de 2011, habiendo completado para esta última fecha, un tiempo total como servidora judicial, de 10 años y 3 meses.

*Además, con ocasión de su nacimiento el 12 de abril de 1957, **se tiene que para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor la Ley 100 de 1993, afirmó su status de transición, al haber cumplido más de 35 años de edad; situación, que la habilita como destinataria del Decreto 546 de 1971**, que en el artículo 6° exige para el reconocimiento de la pensión, el cumplimiento de 50 años de edad y de 20 años de servicio continuo o discontinuo, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente al servicio de la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o en ambas actividades. Y está comprobado, que laboró más de 20 años, de los cuales fungió 10 años al servicio de la Rama Judicial y a la fecha de presentación de la demanda superó los 50 años de edad.”*

Lo que se traduce en que la actora, al amparo del régimen de transición determinado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es destinataria del régimen especial que para los funcionarios de la Rama Judicial contempla el Decreto 546 de 1971 y, cumple con los presupuestos establecidos por su artículo 6°, para predicar que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio en su calidad de Magistrada de una Alta Corporación de Justicia, efectiva desde el día siguiente al retiro, es decir, desde el 1° de noviembre de 2011, con la inclusión de los

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 12 de septiembre de 2014, Rad. No. 1434-14, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

factores denominados sueldo, gastos de representación, prima especial de servicios y prima de navidad, debiendo la demandada realizar las deducciones correspondientes frente a los aportes no efectuados, tal como el a quo lo determinó.”

Según el antecedente de unificación jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, no se constituye como requisito indispensable para dar aplicación al Decreto 546 de 1971, que el solicitante acredite haber cotizado aportes en pensión con la Rama Judicial o el Ministerio Público para el día 1 de abril de 1994, basta con que a dicha fecha hubiese cumplido con los requisitos que exigía la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, para afirmar su status de transición.

De este recuento jurisprudencial, se deduce que no existe uniformidad respecto de los criterios establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de la aplicación del régimen especial señalado en el Decreto 546 de 1971 a los *beneficiarios del régimen de transición* señalado en la Ley 100 de 1993, situación que lleva al Despacho aplicar la tesis más benéfica a la dignidad humana como pilar fundamental del ordenamiento constitucional y jurídico del estado colombiano, sin desconocer que se trata de un asunto de derecho laboral administrativo que debe tener en cuenta la condición más beneficiosa para el trabajador y el principio de favorabilidad como elemento de interpretación.

Al respecto del principio de **favorabilidad** el Consejo de Estado¹⁴ sostuvo:

La aplicación del principio de la favorabilidad en materia laboral, se presenta cuando existe un conflicto entre dos normas vigentes o cuando existe una sola que admite varias interpretaciones, el cual debe emplearse con el respeto al principio de inescindibilidad de la ley, en el sentido que la norma favorable deberá aplicarse en su integridad. Finalmente, determinó que para que opere el principio de favorabilidad deben darse los siguientes requisitos: 1. Frente a una situación de carácter laboral, existen dos normas vigentes susceptibles de aplicarse al caso concreto, es decir que regulen la misma situación fáctica. 2. Que el juez tenga duda sobre cuál de ellas debe aplicar. 3. Que la norma que escoja, se aplique en su totalidad, o sea, que no puede interpretarse parcialmente, sino de forma íntegra, como un todo, esto es, como un cuerpo normativo.

En este orden de ideas, se advierte que en la presente Litis coexisten dos regímenes normativos susceptibles de ser aplicados, uno de ellos es el señalado en la Ley 100 de 1993 y el otro en el Decreto 546 de 1971, por lo que para resolver la controversia se dará aplicación a este principio constitucional y legal de interpretación, buscando aplicar el régimen más favorable al demandante siempre y cuando cumpla en su totalidad con los requisitos exigibles por el régimen más beneficioso.

Acto Legislativo 01 de 2005.

Antes de abordar el caso en concreto, es necesario analizar el alcance de las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual señala:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:.....

Parágrafo transitorio 4°. 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

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 14 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, rad: 0633-14

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 (...)"

De acuerdo con lo anterior, el acto legislativo estableció el respeto por los derechos adquiridos, fijando como término máximo de vigencia para los regímenes pensionales especiales y exceptuados el 31 de julio de 2010, indicando que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se extendería más allá de la fecha citada, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuvieran como mínimo 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo, a quienes se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

10. CASO CONCRETO.

De lo probado en el expediente se tiene que el demandante Oscar Julio Lara Tello para el 01 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad, como acredita la copia de su cedula de ciudadanía (fl.31), ya que nació el día 29 de febrero de 1956, aspecto que admite la Resolución GNR 135859 de 2014 (fl.2-5) mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación y además demuestra que contaba con cotizaciones en pensión por más de 15 años, situación que lo hace beneficiario del *régimen de transición pensional* previsto en el artículo 36 de la ley en cita, *estatus* que es indiscutiblemente reconocido por la entidad demandada, tanto en los actos demandados como en la contestación de la demanda.

Teniendo claridad respecto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es del caso analizar si cumple las condiciones para que se de aplicación al Decreto 546 de 1971 que establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público; según el artículo 6 de esta normatividad se deben acreditar y cumplir los siguientes requisitos:

a) Edad requerida para acceder al Derecho.

El Artículo 6 del Decreto 546 de 1971 señala que para acceder a la pensión ordinaria vitalicia de jubilación, el beneficiario debe alcanzar la edad de 55 años para el caso de los hombres y 50 años para el caso de las mujeres, así en el caso concreto se observa que conforme a la copia de la cedula de ciudadanía (fls.31) y el contenido de los actos administrativos atacados (fls.2-10) se encuentra probado que el demandante nació el día 29 de febrero de 1956, por lo cual para el año 2014 fecha en que según la Resolución GNR 135859 de 2014 se le reconoció la pensión de jubilación contaba con 58 años, con lo cual se da cumplimiento a este primer requisito.

b) Cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto 546 de 1971.

El Decreto 546 de 1971, fue expedido el 27 de marzo de 1971, y su vigencia se proyectó a futuro para aquellas personas que al 1 de abril de 1994 cumplieran con los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993, es decir aquellos cobijados por el régimen de transición, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-019 de 2009 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil señaló:

Esta Corporación ya ha indicado que el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público contenido en el decreto referido aún tiene vigencia para aquellos funcionarios que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, reunían los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición en ella consagrado.

En este orden de ideas, para el caso particular del demandante, se establece que tal disposición normativa se encontraba vigente al momento en el que solicitó su reconocimiento pensional, puesto que no se discute que se encuentra cobijado por el régimen de transición, es así como se encuentra acreditado que cumple con el requisito de 20 años de servicios continuos o discontinuos.

En efecto, no es motivo de controversia este aspecto, ya que la entidad demandada dentro de los actos atacados y en la contestación de la demanda reconoce el tiempo laborado por el demandante, ya que según la Resolución de reconocimiento de pensión (fl.2-5) para el mes de octubre de 2013 contaba con un total 1.738 semanas cotizadas por tiempo de servicio, las cuales equivalen a 36.2 años, circunstancia que permite colegir sin lugar a dudas, que el cumplimiento de este requisito.

c) Prestar por lo menos 10 de servicio a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público.

En este aspecto se centra la génesis de la Litis que nos ocupa, así verificado el contenido de las Resoluciones GNR 135859 del 24 de abril de 2014 y VPB 17262 del 6 de octubre de 2014 (fl.2-10), los reportes de semanas cotizadas en pensiones (fl.113-120), así como la documentación obrante en el expediente administrativo en archivo magnético allegado por Colpensiones, se logra demostrar que el demandante registra aportes en pensión como empleado o funcionario de la Rama Judicial desde el 01 de Octubre de 2001 en forma continua hasta el 31 de agosto de 2016 (fl.113), por lo que se establece que ha laborado de manera ininterrumpida al servicio de la Rama Judicial por más de 14 años contados hasta el mes de agosto de 2016, situación que no se afecta porque la demanda hubiere sido presentada el 10 de Febrero de 2015 (fl.47) que le resta apenas un año y cinco meses, tiempos que se siguen acumulando puesto que actualmente aun presta sus servicios a este empleador como certifica la Coordinadora de Gestión Humana en Junio de 2017 (fl.148), por lo que se encuentra ampliamente cumplido y superado el tiempo de servicios mínimo que exige la norma para acceder a la aplicación integral del régimen especial en pensión.

En este punto se considera hacer énfasis e iterar el análisis normativo aplicable al caso concreto elaborado en el capítulo que precede en esta providencia, en sentido que indicar que no se encuentra disposición alguna que condicione que los 10 años de servicio a la Rama Judicial debían ser acumulados con anterioridad al 1 de abril de 1994, como tampoco prohíbe que se acumulen con posterioridad a dicha fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994

Acorde entonces con el Decreto 546 de 1971, la sentencia de unificación¹⁵ del Consejo de Estado y en aplicación del principio de *favorabilidad*, se colige que no es un requisito *sine qua non* que el beneficiario del derecho pensional especial, hubiere estado vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público para la fecha 01 de abril de 1994.

¹⁵ Consejo de Estado, providencia de 12 de septiembre de 2014, radicado interno No. 1434-14, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En conclusión queda demostró que el demandante pertenece al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, quien además cuenta con la edad exigida, totalidad del tiempo de servicios en el sector público y supera el mínimo de tiempo al servicio de la Rama Judicial, situación que lo hace beneficiario del régimen especial del Decreto 546 de 1971.

Así las cosa el Despacho declara la nulidad nulidad parcial de la Resolución número GNR 135859 del 24 de abril de 2014, a través de la cual Colpensiones, concedió la pensión de vejez demandante, retroactiva a partir del 1 de mayo de 2014 y condicionada al ingreso a nómina una vez demuestre la desvinculación como funcionario de la Rama Judicial, igualmente la nulidad de la Resolución VPB 17262 del 6 de octubre de 2014, que en sede de apelación confirmó la decisión adoptada.

11. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

En la contestación de la demanda se proponen las siguientes excepciones denominadas *“Inexistencia del derecho y la Obligación, improcedencia de la indexación, improcedencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones y la genérica.*

En lo que respecta a las excepciones *Inexistencia del derecho y la Obligación, cobro de lo no debido y buena fe de Colpensiones* se observa que se encuentran fundamentadas en que la pensión de jubilación reconocida al demandante, está liquidada sobre la base del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones de la Ley 33 de 1985 y que no se puede aplicar el régimen especial del Decreto 546 de 1971 ya que el actor no cuenta con cotización de aportes en pensión como funcionario o empleado de la Rama Judicial o Ministerio Publico con anterioridad al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pues considera que para esa fecha, no tenía la expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen que hoy invoca, así las cosas

Al respecto, encuentra este Despacho que la fundamentación de la demandada no se compadece del análisis normativo y jurisprudencial elaborado como sustento de las tesis abordada en la presente providencia, pues al contrario de argumentado por la demandada, bajo las reglas del principio de favorabilidad interpretativa y superada la discusión no pacífica en las altas Cortes para la aplicación del régimen especial del Decreto 546 de 1971, se concluyó que aquellos funcionarios o empleados de la Rama Judicial que a la entrada en vigencia del régimen de transición, no se encontraban vinculados a dicha entidad y que originariamente no se reconocida el derecho, dicha postura fue superada al observar que el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 prevé únicamente que por lo menos 10 años de servicio se presten a la Rama Judicial, sin hacer distinción en que estos deban ser acumulados con anterioridad o posterioridad al 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, por lo que no existe impedimento legal para aplicar este régimen especial para el caso del demandante, razones suficientes para tener por no fundadas las excepciones propuestas.

En lo que respecta a las excepciones denominadas *improcedencia de la indexación y los intereses moratorios*, se debe tener en cuenta que el presente proceso busca la reliquidación de la mesada pensional del demandante, sin embargo no se puede olvidar que el goce de dicha pensión de vejez está condicionada al retiro definitivo del servicio del actor, lo cual a la fecha no se acredita que haya ocurrido, razón por la cual no se genera pago de ninguna mesada pensional, razón por la cual no es procedente decretar indexación e interés moratorios sobre sumas que no se han causado, motivo por el cual hay carencia de objeto sobre el cual puedan recaer tales excepciones y por ende no prosperan.

12. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Factores Salariales

Respecto de los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de dar aplicación al régimen especial del Decreto 546 de 1971 la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de noviembre de 2013 proferida dentro del expediente con radicado interno No. 0815-13, dispuso lo siguiente:

“En cuanto a la escala de remuneración de los empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, ésta ha sido fijada en el Decreto 717 de 1978, artículo 12, que establece que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, con el siguiente tenor literal:

"Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;*
- b) La prima de antigüedad;*
- c) El auxilio de transporte,*
- d) La prima de capacitación;*
- e) La prima ascensional;*
- f) La prima semestral;*
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio."*

En este orden de ideas, para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público se debe tener en cuenta la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio (artículo 6 del Decreto 546 de 1971), incluyendo la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. -Artículo 12 del Decreto 717 de 1978-."

En este orden de ideas, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, además de establecer los factores salariales de los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, indica que también hacen parte del salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, lo que significa que la lista de factores no es taxativa sino enunciativa.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de septiembre 26 de 2012, dentro del radicado interno 0710-12, estableció:

“El mencionado decreto señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios."

En tal sentido, la pensión de jubilación para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial amparados por las disposiciones del Decreto 546 de 1971, se constituye con los factores de salario consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, no obstante, debe tenerse en cuenta que ésta norma señala una regla general que indica que además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y

periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, siempre y cuando no se esté en contravía de disposiciones normativas que impidan tener determinados emolumentos como factores salariales.

Valga acotar que el acto acusado por la cual se reconoce la pensión de jubilación (GNR 135859 del 24 de Abril de 2014), estatus pensional adquirido el 28 de Febrero de 2011, en la cual cumple 55 años de edad y además señala un IBL por valor de \$5.261.604 al que aplica la tasa de reemplazo del 75% arroja un monto pensional de \$3.946.203 efectiva a partir del 1 de Mayo de 2014, sin que de manera concreta se hayan determinado cada uno de los factores incluidos para la liquidación y época de causación, empero devela que se calcula conforme al Art. 21 de la ley 100 de 1993, esto es tomando el promedio de lo devengado o cotizado en los últimos 10 años de servicios, lo cual es no es correcto.

Por el contrario a lo señalado en los actos acusados, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, incluyendo los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba como retribución de sus servicios en el último año de servicios.

En razón a que el demandante no se ha retirado del servicio, valga precisar de forma ilustrativa o enunciativa, que con base en la certificación de salarios allegada en el desarrollo del proceso para el año 2016 (fl.149-152) se establecen que las prestaciones que constituyen factor salarial como ingreso de liquidación de la pensión (IBL), cuya causación se percibe de forma anualizada y completa, debe incluirse una doceava parte de la misma, como es el caso la prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, entre otras, tal como fue reconocido por el Consejo de Estado¹⁶ en relación con este último factor.

En igual sentido, se señala que los factores salariales que se perciben de forma semestral, como lo es la bonificación por actividad judicial creada por el Decreto 3135 de 2005 modificada por el Decreto 3382 de 2005 y por disposición expresa del Decreto 3900 de 2008 a partir del 1 de enero de 2009 constituye factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, en consecuencia se debe incluir una sexta parte de dicha prestación para calcular el ingreso de liquidación de la pensión (IBL) cuando se devenga de forma completa en el respectivo semestre.

En este orden, respecto al pago de las diferencias que resulten de la reliquidación de la pensión de jubilación, se debe tener en cuenta que el demandante aún no devenga suma alguna por concepto de mesada pensional y que si bien, la misma fue reconocida a parir del mes de mayo de 2014, su disfrute está condicionado a que se acredite el retiro definitivo del servicio, lo cual a la fecha no ha ocurrido, razón por la cual no se ha generado diferencia alguna al respecto susceptible de reconocimiento, igual suerte corren las pretensiones relacionadas con el pago retroactivo de primas, mesadas y demás bonificaciones.

Factores que no se reconocen

Debe advertirse que **NO** constituye factor de liquidación de la pensión de jubilación, aquellos conceptos, que no correspondan a retribución por el servicio prestado, como los emolumentos derivados del disfrute de vacaciones puesto que no corresponden a salario, ni a prestación, sino que es un reconocimiento económico

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B. Sentencia del 2 de Febrero de 2017 Rad. 50001 23 31 000 2012 00260 01 (3568 15) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

para que el trabajador recupere su capacidad y fuerza laboral mientras descansa, por lo tanto, no se incluye en el IBL aquello que percibe el trabajador por concepto de: *vacaciones, prima de vacaciones y prima especial de servicios vacaciones, vacaciones bonificación judicial* o cualquiera otra denominación relacionada con la remuneración del descanso al que tiene derecho el trabajador, claro está mientras se encuentra vinculado a la entidad, por lo tanto, la consecuencia lógica es que tal remuneración no se devengue durante su retiro definitivo de la entidad.

13.EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

La entidad demandada propuso como excepción la *prescripción*, por lo que al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda se debe analizar si en este caso se configura como fenómeno extintivo del derecho, la cual se rige por los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que establecen un término de tres (3) años a partir de que la obligación se hace exigible para reclamar su reconocimiento ante la administración y posteriormente en sede judicial, término que se interrumpe por una sola vez por otro periodo igual.

El derecho pensional en principio es irrenunciable y por lo mismo es imprescriptible, sin embargo no ocurre lo mismo con las eventuales diferencias económicas que pudieren resultar al liquidar de manera correcta el mencionado derecho con inclusión de todos los factores alegados y el régimen jurídico pensional que aplique, sin embargo, se recuerda que en este caso concreto, el derecho a la mesada pensional reconocido al demandante mediante la Resolución No 135859 del 14 de abril de 2014 (fl.2-5) se encuentra suspendido hasta que se verifique el retiro definitivo del beneficiario, condición que conforme a las pruebas arrimadas al proceso, no se ha cumplido, por lo tanto es claro que no se ha liquidado valor alguno sobre el cual deba analizarse el fenómeno prescriptivo.

14.DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS SOBRE LOS FACTORES SALARIALES RECONOCIDOS

Conforme a la reiterada posición del H. Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁷ en Sentencia del 4 de Agosto de 2016 Rad.-**2014-00203-01** M.P. Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui y Sentencia 14 de Septiembre de 2016 Rad. **2015-00106-01** M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, se establece 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, por lo tanto la nueva liquidación que se disponga, deberá hacer los descuentos del valor de los aportes al sistema de seguridad social integral y demás a que haya lugar, no realizados sobre los factores salariales reconocidos en esta sentencia,

¹⁷ Sentencia 4 de Agosto de 2016 Ref.-150013333012-2014-00203-01 M.P. Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui, y Sentencia 14 de Septiembre de 2016 Ref.- 150013333005-2015-00106-01 M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz en los siguientes términos:

“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 último 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.

aplicando el descuento a lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante, 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.

15. INDEXACION

En caso de que el demandante se retire de forma definitiva del servicio antes de la ejecutoria de la presente decisión, los valores que resulten de la nueva liquidación se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hagan exigibles hasta la fecha de ejecutoria del presente fallo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

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.

16. COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones formuladas prosperan de forma parcial, porque de una parte se accede al reconocimiento del derecho con base en el régimen especial de pensiones prevista en el decreto 576 de 1971 en favor del demandante, también lo es que no se accede a que en la liquidación de dicho reconocimiento se incluyan como factores salariales el 100% de la bonificación por servicios prestados, como se estima en la demanda (fl.50) sino que su reconocimiento se accede en una doceava parte y además se excluyen los factores relacionados con la compensación derivada del disfrute de vacaciones, como tampoco se accede al pago de diferencias pensionales que resulten de la reliquidación, ni el pago retroactivo de mesadas, primas y demás bonificaciones debidamente indexadas, así como de la prosperidad de las excepciones denominadas *improcedencia de los intereses moratorios e indexación* propuestas por la entidad demandada, conforme al artículo 365 numeral 5 del CGP no habrá condena en costas en esta instancia.

17. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”

F A L L A:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución GNR 135859 del 24 de abril de 2014, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, mediante la cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez al demandante Oscar Julio Lara Tello, en lo que respecta al régimen especial de pensión aplicable y el monto de la pensión reconocida, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la **nulidad** de la Resolución VPB 17262 del 06 de octubre de 2014, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 135859 del 24 de abril de 2014.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a re-liquidar la pensión de vejez del señor OSCAR JULIO LARA TELLO identificado con la cedula de ciudadanía No 7.212.743, aplicando en su integralidad el Decreto 546 de 1971, tomando como ingreso base liquidación el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, con inclusión de los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y además de todas las sumas que habitual y periódicamente reciba como retribución de sus servicios en el último año, incluyendo al efecto únicamente los factores señalados en la parte motiva de esta sentencia, condicionada al retiro definitivo del servicio del demandante.

Cuarto.- Negar las demás pretensiones de la demanda

Quinto.- La entidad demandada, deberá realizar los descuentos que no se hubieren efectuado al Sistema General de Seguridad Social Integral, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante, 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 del demandante.

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

Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Octavo.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de excedentes en caso que haya lugar y háganse las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ