



*República de Colombia*  
*Rama Judicial del Poder Público*  
*Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja*

Tunja, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Demandante: José Doenitz Niño Durán**  
**Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones**  
**(COLPENSIONES)**  
**Radicación : 150013333011201400068-00**  
**Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por José Doenitz Niño Durán, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor José Doenitz Niño Durán, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No.54076, por medio de la cual se negó el reajuste de su pensión de vejez.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene a la Entidad accionada a reliquidar la pensión mensual de jubilación del actor, incluyendo la totalidad de los conceptos y valores devengados en el último año de prestación de servicios -entre 1º de enero y 30 de diciembre de 2014-, los cuales son salario básico, subsidio de

alimentación, auxilio de transporte, primas de servicio, navidad y vacaciones, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación.

Así mismo, demanda que se condene a la Entidad a pagar las diferencias que resulten, junto con la indexación de cada una de estas sumas de dinero, entre la fecha en que debió pagarse y aquella en que quede firme la sentencia y “...a partir de allí junto con los intereses moratorios hasta el pago total de la obligación” (f.264).

Finalmente, pide que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 y subsiguientes del CPACA y que se condene en costas a la demandada.

## **2. Hechos**

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante nació el 7 de enero de 1945 y cumplió 55 años de edad el 7 de enero de 2000.

Refiere que el accionante prestó sus servicios durante 33 años, 2 meses y 1 día, de la siguiente manera:

- Industria Licorera de Boyacá, del 22 de agosto de 1967 al 30 de junio de 1986, es decir, 19 años, 10 meses y 9 días.
- Secretaría de Salud de Boyacá, entre el 2 de julio de 1991 y el 5 de septiembre de 1995, que corresponden a 4 años, 2 meses y 4 días.
- Rama Jurisdiccional, desde el 13 de noviembre de 1995 y hasta el 30 de diciembre de 2004, es decir, 9 años, 1 mes y 18 días.

Precisa que cuando el actor cumplió 55 años de edad y 20 años de servicio, solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; la cual fue concedida a través de la Resolución No.00702 de 11 de junio de 2004, en cuantía de \$495.157, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio y teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación de \$ 660.209 con una tasa de reemplazo del 75% y 10575 días equivalentes a 1511 semanas.

Cuenta que mediante la Resolución No.0017 de 20 de enero de 2005, el Instituto de Seguros Sociales resolvió el recurso de reposición, modificando la Resolución 00702 de 2004, en el sentido de incluir en nómina al actor a partir del 1º de enero de 2005, teniendo en cuenta 1617 semanas cotizadas y con un IBL de \$ 692.207. Agrega que la misma Entidad a través de Resolución 01509 de 26 de noviembre de 2005, resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución No.0017 de 2005, tomando 1616 semanas cotizadas.

Manifiesta que el actor pertenece al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la fecha de su entrada en vigencia, contaba con más de 40 años de edad y más de 17 años de servicio. Resalta que en el último año de servicios, devengó además de la asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, primas de servicio, navidad y vacaciones, bonificación por servicios prestados y bonificación por recreación.

Indica que el Instituto de Seguros Sociales no indicó la forma ni los conceptos y valores devengados, tenidos en cuenta para liquidar la cuantía de la pensión.

Aduce que el 30 de junio de 2011, el señor José Doenitz Niño Durán solicitó al Instituto de Seguros Sociales, la revisión de la cuantía de la mesada pensional para que fuera reajustada conforme a las normas aplicables a los beneficiarios del régimen de transición; dicha solicitud fue resuelta negando lo pedido mediante Resolución No.24076 de 27 de junio de 2012.

### **3. Normas Violadas y Concepto de la Violación**

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 4º, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, 36 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Afirma que se vulneraron los derechos a la igualdad, al trabajo y a la seguridad social, como quiera que se negó el reconocimiento de unos derechos adquiridos conforme a normas que aún se encuentran vigentes, sin tener en cuenta que a otros servidores en su misma situación se les ordenó liquidar su pensión en debida forma.

Asegura que la Entidad demandada no tuvo en cuenta los conceptos y valores que integraron la mensual o el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, desconociendo las normas que regían el reconocimiento, liquidación y pago de las pensiones de jubilación de los empleados públicos, a saber, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Explica que la Entidad pretendió desconocer los derechos adquiridos por el accionante por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, *“ya que supuestamente al haberse dado aplicación al artículo 34 de la referida Ley, se constituyó en una renuncia tácita al régimen de transición del cual era beneficiario”*(f.268).

Insiste en que la base para liquidar la pensión de jubilación de un servidor público es el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios, es decir, incluyendo la totalidad de los factores salariales, los cuales según lo ha indicado el Consejo de Estado corresponden a *“todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios”* (f.269). Agrega que la misma posición ha sido asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá al resolver casos similares al que se estudia.

#### **4. Contestación de la demanda**

El apoderado judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 288 s.):

Frente a los hechos, asegura que la Entidad en todas sus actuaciones ha realizado los procesos de reconocimiento pensional bajo los principios de buena fe procesal y de legalidad, con lo cual se desvirtúa la presunción de violación que arguye la parte demandante.

En cuanto a las pretensiones, refiere que no es posible aplicar el ingreso base de liquidación previsto en la Ley 33 de 1985, pues de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, a través de Sentencia C-258 de 2013, para calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición por extensión, debe tomarse como fundamento legal, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues el legislador al aprobar dicha regulación restringió las reglas del IBL, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social, tales como la universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad; además de materializar el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos.

Agrega que la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición solo respecto del tiempo de servicio y el monto de la pensión; mientras que la forma de calcular el IBL de dichos beneficiarios se estableció en el inciso 3º del artículo 36 ibídem. Señala que dicha interpretación fue avalada por la Entidad mediante Circular 004 de 2014.

Sostiene que los factores salariales que se deben tener en cuenta son aquellos que hayan sido reportados y certificados por la Entidad, pues los afiliados adquieren el derecho cuando cumplen los requisitos mínimos y con base en los IBC reportados a la Entidad y efectivamente pagados.

Como argumentos de defensa, aduce que Colpensiones es la Administradora Colombiana de Pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; sistema en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión se calcula a partir del salario base de cotización y las semanas cotizadas.

Precisa que el ISS quien fuera sucedido procesalmente por COLPENSIONES en los términos del Decreto 2013 de 2012, “...no puede reconocer la prestación a favor del demandante pues no cumple con los requisitos mínimos para tal fin de conformidad con la ley 33 de 1985...” (f.292).

Señala que régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indica que se debe respetar el régimen anterior –Ley 33 de 1985- frente a los requisitos de edad y tiempo de servicios, por cuanto dichos elementos *“...forman parte integrante de la naturaleza de este derecho prestacional, que los mismos deben reunirse para poder (sic) que se configure el derecho en favor de quien lo solicita, es decir que dependen uno del otro para que nazca a la vida jurídica...”* (f.293).

En tal sentido, transcribe un pronunciamiento del Consejo de Estado sin identificación, las directrices dadas a través de la Circular Interna 04 de 2013 y apartes de la Sentencia C-258 de 2013, para concluir que la ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del 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 relacionado con el IBL, *“pues al aplicar las normatividades anteriores respecto a este tema se violarían los derechos a la igualdad, equidad y solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados”*(f.294).

Formula las siguientes excepciones:

#### **4.1. Inexistencia del derecho y la obligación reclamada**

Aduce que la accionada reconoció y pagó la pensión de conformidad con las normas aplicables, pues se respetó la edad, el tiempo de servicio y el monto del régimen anterior, pero en lo atinente a la base se siguieron los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993.

#### **4.2. Improcedencia del cobro de intereses e indexación**

Refiere que como los intereses por mora y la indexación tienen una misma finalidad que es la de impedir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo, es imposible que se concedan los dos rubros de manera simultánea, pues de ser así se realizaría un doble cobro por una misma causal, lo cual está prohibido por la ley.

#### **4.3. Inexistencia de intereses moratorios**

Asegura que no puede ordenarse el pago de intereses moratorios, por cuanto la Ley 33 de 1985 no contempla el pago de los mismos. Además, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es aplicable solo para los casos de pensiones reconocidas bajo ese régimen y establece el pago de intereses moratorios como consecuencia del pago no oportuno de las mesadas pensionales, circunstancia que no se observa en el presente asunto.

#### **4.4. Cobro de lo no debido**

Indica que a la demandante le fue concedido el derecho de pensión de conformidad con las normas que regulan la materia, esto es la Ley 33 de 1985, teniendo como ingreso base de liquidación el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y como factores salariales aquellos obtenidos de acuerdo a las cotizaciones efectivamente acreditadas a la Entidad por el afiliado de acuerdo a su IBC.

#### **4.5. Buena fe de Colpensiones**

Asevera que las actuaciones desplegadas por la Entidad se realizaron bajo los parámetros de la Constitución Política, en atención al principio de buena fe exenta de culpa.

#### **4.6. Prescripción**

Manifiesta que en caso de una eventual condena se debe declarar la prescripción de las mesadas o sumas causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda, conforme lo dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

#### **4.7. Compensación**

Señala que por las sumas que resultaren favorables a la Entidad, se deberá realizar la correspondiente liquidación.

## 5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 421), la Entidad accionada guardó silencio. El apoderado presentó alegatos en los siguientes términos (f. 423 s.):

Luego de referirse a algunos hechos de la demanda, precisa que no existe controversia por la aplicación del régimen que le corresponde al demandante, pues tal y como lo reconoció la Entidad, este es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; entonces, lo que se discute en este caso son los factores que han de tenerse en cuenta para liquidar la pensión del demandante.

Sostiene que en relación con este tema, el Consejo de Estado unificó su criterio mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación (0112-09), indicando que en el promedio mensual devengado se incluyen todos y cada uno de los factores que el servidor haya recibido como contraprestación de sus servicios, sin tener en cuenta que sobre los mismos se haya o no efectuado aportes al sistema.

Frente al caso particular, refiere que *“En el caso de que la última entidad empleadora, no hubiera realizado la totalidad de los descuentos sobre todos los conceptos y valores devengados por el señor JOSÉ DOENITZ NIÑO DURÁN durante el último año de prestación de servicios, a pesar de que si hizo los descuentos, con el fin de dar aplicación al principio de favorabilidad, consideramos que en gracia de discusión podrían realizarse los descuentos a que hubiera lugar, para que de todo lo devengado se incluya para reajustar la cuantía de su mesada pensional, sin dejar de lado que a las entidades empleadoras se les deberán cobrar los respectivos aportes dejados de hacer...” (f.435)*

Concluye que se debe acceder a lo pretendido en el presente medio de control, reliquidando la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, junto con la indexación conforme al IPC, desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando quede en firme la ejecutoria de la sentencia y a partir de allí los intereses moratorios hasta la fecha de pago efectivo.

## II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

### 1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia de 26 de marzo de 2015 (f.328-vto.), corresponde al Despacho establecer si el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 33 de 1985, esto es con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o con el promedio de aportes realizados en los últimos 10 años de servicio, aplicando la norma más beneficiosa.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

### 2. Del alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El Despacho advierte que la discusión en torno al alcance de los beneficios otorgados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de múltiples controversias por la contradicción existente en sus incisos segundo y tercero frente al monto de la pensión; conflicto sobre el cual se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 2000, expediente con radicación interna No. 470-99 en la cual señaló que la acepción de la palabra monto prevista en el inciso segundo ibídem incluye *“la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100”*; razón por la cual la previsión sobre ingreso base y liquidación aritmética prevista en el inciso 3º, constituye una redacción contradictoria que según señaló la Corporación *“conduce*

*necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º ...”*

Posición que ha sido reiterada en forma pacífica, es así como la Corte en la sentencia C-258-13, Actor: Germán Calderón España y otros, hizo un recuento del estado del arte, así:

*“...Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL deben aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:*

*Se ha señalado que el régimen de transición, como excepción a las reglas generales del sistema de pensiones, tiene como fundamento, de un lado, la protección de las expectativas y la confianza legítima a partir del principio de buena fe, y de otro, la garantía de los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación a otra.*

*También se ha sostenido que el principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53 de la Carta, impone el deber al juez constitucional de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal o constitucional- más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado. En este orden, la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición.*

*Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen. En este orden de ideas, se ha precisado que la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”.*

Lo expuesto permite establecer claramente que la posición de los Órganos de Cierre, para esa época, en torno a que sólo es posible acudir al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación, cuando el régimen especial no regule tal aspecto.

La parte demandada acudiendo al mismo fallo C-258-13 argumenta que su aplicación al caso de autos es obligatoria como quiera que sus determinaciones son fuente de derecho y por ende tienen efecto vinculante, por lo que las pensiones deben ser liquidadas de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994.

El Despacho señala que indudablemente el *decisum* y la *ratio decidendi* de la citada sentencia C-258-13, tienen carácter vinculante y por tanto deben ser acogidos, ello en el ámbito preciso en el cual determinó el mencionado fallo.

El Despacho no comparte los argumentos expuestos por la demandada, por cuanto en la providencia referida, la Corte Constitucional señaló de manera expresa que las consideraciones expuestas frente a las normas cuya constitucionalidad analizó, no podían predicarse de disposiciones que regulaban otros regímenes pensionales, es así como en el **objeto del fallo** precisó la Corporación de manera expresa, que los efectos de su fallo **estaban limitados únicamente al régimen pensional especial a que se refería la normativa demandada**, esto es, el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, lo cual resulta razonable dado el carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad. Luego, no puede decirse que las razones que tuvo la Corte para resolver dicho asunto, se deben aplicar a las demás disposiciones que regulan los distintos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, como las disposiciones en que se fundamentan las pretensiones de la presente demanda no hicieron parte del objeto de estudio que abordó la Corte en el precitado fallo, no se puede concluir que las razones de inconstitucionalidad expuestas allí son aplicables al asunto *sub examine*, pues como bien lo advirtió el mismo pronunciamiento, **la naturaleza de cada régimen pensional es distinto**, de manera que no se puede aplicar dicha sentencia ni siquiera por razones de igualdad, dado que las pensiones de los congresistas (régimen especial) y las de la generalidad de la población (régimen general) no son comparables desde ningún punto de vista.

Véase por ejemplo, que los argumentos relacionados con el sacrificio a que llevaría la transferencia de subsidios públicos excesivos para un grupo de personas que no están en condiciones de vulnerabilidad, solamente es predicable de quienes son beneficiarios de pensiones altas, como es el caso de los congresistas, sin que su situación se pueda comparar con la de la generalidad de la población beneficiaria de los demás sistemas pensionales.

Así las cosas, no se puede concluir que la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013, se fundó en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y mucho menos que lo expuesto por la Corte es vinculante para regímenes diferentes a los que se analizaron en la citada sentencia, dado que dicha providencia fue clara en decantar de forma expresa que no era extensiva, razonamiento que además fue reiterado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 30 de julio de 2015, expediente 150013333011201300214-02, actor Luz María Vargas de García, en el que se señaló que “...ni la parte resolutive ni la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 pueden extenderse al asunto sub examine relativo a la reliquidación de una pensión de jubilación de conformidad con las reglas establecidas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto para el efecto por la Ley 33 de 1985...”.

Refuerza lo expuesto, lo dicho por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 12 de septiembre de 2014, en el expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), en la cual se precisó que el objeto de la Sentencia C-258 de 2013 se encuentra restringido “...sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28, sin que se pueda entender allí incluidos los Magistrados que se encuentran cobijados por el régimen de transición previsto para la Rama Judicial, por cuanto la Corte en forma expresa señaló que no abordaría la constitucionalidad de éste y otros regímenes...”

Véase entonces que existe pronunciamiento de unificación del Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que en concordancia con lo expresado en la sentencia C-258 de 2013, permite afirmar que ésta solo tiene efecto vinculante para quienes configuran su derecho pensional en los términos previstos para el régimen pensional

especial objeto de dicha decisión; posición que reiteró el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 2 de julio de 2015 en el expediente radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-04281-01, Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches.

No obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia Su-230-15 afirmó que *“en la Sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100...”* y *“fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo...”*, argumento con el cual, considera el Despacho, la propia Corte desconoció lo expuesto en su fallo, pues como se depuró en precedencia, la Sentencia C-258 de 2013, fue clara en decantar de manera expresa, que dicha providencia no podía extenderse a los demás regímenes pensionales en forma automática.

La mencionada contradicción, fue advertida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el fallo proferido en el expediente 15238333001201300422, en donde se sostuvo que *“...la Sentencia SU-230 de 2015 no refleja lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad y por el contrario, se asume en esta última providencia un alcance que la primera no dio expresamente al caso examinado y que (...) no podría ser interpretado por una sentencia de tutela posterior, avanzando a variar el ámbito de la decisión e incluso de la norma que en ese caso fue estudiada en sede de constitucionalidad...”*, argumento que comparte el presente Despacho, pues como se dilucidó en el análisis que se esbozó frente al citado pronunciamiento C-258 de 2013, en aquella oportunidad la Corte Constitucional no debatió la constitucionalidad o inconstitucionalidad frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ende la interpretación que efectuó del régimen de transición para los congresistas no es aplicable al régimen general, ni tiene fuerza vinculante para éste.

El Despacho considera que acudir a la interpretación que la Corte realizó para el régimen de congresistas, constituiría una violación de los principios

de legalidad, favorabilidad, *indubio pro operario* e inescindibilidad, pues como ha sido posición reiterada de la jurisprudencia, no es posible realizar una distinción que permita la fragmentación de la normatividad aplicable en el punto específico de la determinación del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, en criterio de la presente instancia, la sub regla utilizada por la Corte en la sentencia C-258 de 2013, para liquidar el monto de la pensión de los congresistas, resulta lógica, pues como lo ha establecido la misma Corte en su reiterada jurisprudencia, la fórmula contenida en el inciso tercero del citado artículo 36, es aplicable en caso que el régimen especial no haya previsto una forma especial para definir el ingreso base de liquidación, lo que sucedió al desaparecer, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, la norma que establecía la forma de calcular el monto para dicho régimen.

El Despacho resalta además que en la sentencia SU-230 de 2015 se analiza un asunto decidido por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que posee una posición jurisprudencial diferente a la erigida por la jurisdicción contenciosa. Sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional de personas cobijadas por el régimen de transición se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00, en el que indicó:

*“...c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra...”*

Al observar la sentencia SU-230 de 2015, el Despacho encuentra como elemento de disanalogía, que en dicha sentencia se analiza un caso de un trabajador oficial, lo que también contribuye a concluir que tal determinación

no resulta aplicable al caso de autos, como quiera que en el presente caso se decide en torno a la situación jurídica de un empleado público.

En suma, el Despacho advierte que se impone apartarse de la previsión efectuada por la sentencia SU-230 de 2015, pues el citado fallo se basa en una afirmación que contradice **el objeto** de la sentencia C-258 de 2013; y por ende, el alcance de la cosa juzgada constitucional que fijó el mencionado fallo; amén de que en él se analiza un caso de un trabajador oficial que no se aviene con el estudio que debe efectuarse en el sub lite.

Conforme a lo expuesto, se concluye que en aquellos casos que el trabajador es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso liquidar el monto de la pensión atendiendo a lo dispuesto en el régimen anterior, que para el presente caso es la Ley 33 de 1985, la cual señala como base para la liquidación el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios.

Así pues, el Despacho acoge y acata la jurisprudencia unificada que se ha mantenido incólume en los pronunciamientos del Consejo de Estado; es así como, en fallo de 13 de febrero de 2014, radicado interno 2378-12, Actor: Ana Rosa Solano de Rincón, señaló que *“...el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados...”*

Así las cosas, se comparte en forma integral, los argumentos jurídicos en los cuales se funda la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo.

### 3. De los factores de liquidación

Si bien en un comienzo la jurisprudencia no fue pacífica en torno a los factores que debían tenerse en cuenta, este debate jurisprudencial culminó con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, en el expediente Radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01, Actor: Luis Mario Velandia, en la que determinó que 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, en razón al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral. Así mismo precisó que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que por ser compartidos por este Despacho, serán acogidos en su totalidad.

Es del caso resaltar que el precedente vertical así expuesto es de obligatorio cumplimiento, tal como lo indicó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00, Actor: Henry López López, en el cual tuteló una decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenando proferir una nueva sentencia en la cual se observara el *“fallo de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01)”*; pues según expuso el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción *“con posterioridad al aludido fallo SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado no se ha pronunciado por vía ordinaria, de modo que no ha cambiado su criterio jurisprudencial consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto, esto es, calcular el monto de la pensión del actor en atención a los factores salariales devengados durante el último año de servicios...”*

Así mismo, dicha Corporación puso fin a dicha controversia en sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, referencia 4683-2013, Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, en el aclaró que: *“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte*

*Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.” Y reiteró que “... el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%)”.*

Así las cosas, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, así como las prestaciones a las cuales el Decreto 1045 de 1978 le dio la connotación de salarial para liquidar pensiones y cesantías, deberán ser incluidos en la base de liquidación de la pensión.

#### **4. Del caso concreto**

De conformidad con lo expuesto el señor José Doenitz Niño Durán al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 7 de enero de 1945 (f. 92), tenía derecho a que su pensión le fuese liquidada, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicios.

En efecto, el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que ésta entró a regir (1º de abril de 1994) –por virtud del Decreto 691 de 1994 “*Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones*”-, contaba con 49 años de edad, por lo que se encontraba protegido por el

régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, el cual permite dar aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Establecido el régimen que rige la situación jurídica del demandante, se observa que:

- A través de Resolución No.00702 de 11 de junio de 2004 (f.97-95) al demandante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación, la cual fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir la pensión, condicionada al retiro del servicio.

- Mediante Resolución No.0017 de 20 de enero de 2005 (f.125-123), se resolvió un recurso de reposición, modificando la Resolución No.00702 de 2004, en el sentido variar el número de semanas cotizadas y la fecha de nacimiento, así como incluir la fecha de retiro, señalando que la pensión sería pagada a partir del 1º de enero de 2005.

- Mediante Resolución No.1509 de 26 de octubre de 2005 (f.167-162), se resolvió un recurso de apelación, confirmando la Resolución No.0017 de 20 de enero de 2005.

- A través de la petición radicada el 30 de junio de 2011 (f. 226 s.), se solicitó reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

- Dicha solicitud fue resuelta en forma negativa a través de Resolución No.24076 de 27 de junio de 2012 (f.175-177), hoy demandada, confirmando la Resolución No.0017 de 2005 y ratificando que la pensión había sido liquidada con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio; quedando agotada la actuación administrativa.

En aplicación a lo expuesto el accionante tiene derecho a que su pensión se liquide con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2004.

En el proceso obra copia del certificado de pagos expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Tunja, en el que se discriminan los factores devengados durante la última anualidad (f.98-99) así:

- Asignación básica
- Auxilio de Transporte
- Auxilio de alimentación
- Prima de servicios
- Bonificación por servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de navidad

Así las cosas, se impone declarar la nulidad del acto demandado y en consecuencia, ordenar la reliquidación de la pensión del actor, con fundamento en el régimen anterior establecido en la Ley 33 de 1985, esto es, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores salariales previamente enlistados.

Ahora bien, en cuanto a la **Bonificación por recreación**, se tiene que la misma es regulada anualmente en los Decretos por medio de los cuales se *“fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones”*, entre ellos se encuentran los Decretos 2710 de 2001 (artículo 15), 660 de 2002 (art. 14), 3335 de 2003 (art. 14), 4150 de 2004 (art. 14) y 916 de 2005 (art. 14), entre otros.

De acuerdo a las normas citadas, es claro que al no constituir factor salarial la bonificación por recreación no puede ser tomada en cuenta la base de liquidación de la pensión. En un caso similar al de autos el Consejo de Estado se pronunció en el mismo sentido en Sentencia de 22 de noviembre de 2012, radicado interno (2330-11), al señalar que *“la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a lo pretendido por la demandante”*

Finalmente, se advierte al apoderado de la parte actora que no es posible acceder al pago de indexación de forma simultánea con los intereses

moratorios, como quiera que esta solo se causa hasta la ejecutoria de la presente sentencia y no hasta la fecha de pago, pues tal y como lo señaló la Entidad y conforme lo ha determinado la jurisprudencia de las Altas Cortes<sup>1</sup>, tales figuras son incompatibles, por cuanto los intereses moratorios incluyen un componente inflacionario, que conlleva por ende el reajuste o indexación indirecta de la prestación, por lo que se descarta la posibilidad de que junto al pago de intereses moratorios, se imponga condena de suma en función compensatoria de la depreciación monetaria como lo es la indexación, ya que equivaldría a ordenar una doble condena por un mismo ítem.

## 5. De los aportes

La Entidad accionada argumenta que para liquidar la pensión sólo es posible tener en cuenta los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, argumento que no es de recibo por cuanto la omisión del patrono al realizar los descuentos, no puede afectar el reconocimiento de ellos en la liquidación de la mesada pensional.

El Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2004, radicado interno 0890-03, señaló que *“...cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso...”*.

Posición que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional es así como en sentencia T-183 de 2014, señaló que *“...la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas...”*; por ello, *“...cuando el empleador no efectúa el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones, la entidad respectiva tiene el deber legal de recaudar los dineros*

---

<sup>1</sup> C-781 de 2003, C.S.J.- Sala de Casación Laboral. Rad. 41392 del 6/12/2011. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre de 2009. Exp. 2001-03173.

*adeudados por el empleador a través del cobro judicial, mecanismo jurídico establecido en la ley...” de manera que “...si la entidad de seguridad social no ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales legalmente establecidos para que se cumpla a cabalidad con la obligación, se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez[40]...”.*

En concordancia con lo anterior, tenemos que en materia de seguridad social, “...el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto...”<sup>2</sup>. Por tanto, debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión y si en casos como en el presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional.

En este punto, ha de tenerse en cuenta la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia de 9 de marzo de 2016, referencia. 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz, fundada en que no pueden existir obligaciones imprescriptibles, “...por lo que el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales...”

En tal sentido, debe acudirse a lo preceptuado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años. Entonces, transcurrido dicho término a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribe y su pago no puede ser exigido.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Así las cosas, se ordenará a la Entidad accionada que efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordena incluir en la base de liquidación. Sin embargo, como quiera que en el expediente se pudo verificar que en el interregno comprendido entre el 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2004, al momento de efectuar las cotizaciones a pensión, la Entidad tuvo en cuenta los siguientes factores: asignación básica y bonificación por servicios (f.442 s.), la presente providencia **dispondrá efectuar las correspondientes deducciones**, solo respecto de los factores salariales de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad. Pero haciendo la salvedad que dichos valores no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor de la demandante, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados, como quiera que se trata de personas de la tercera edad, pues tal como lo ha señalado el *ad quem*, en la ya citada sentencia de 9 de marzo de 2016, referencia. 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz, *“si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvención, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna”*.

Ahora, el principio de solidaridad también rige frente a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tanto, los mismos deben corresponder a los factores tenidos en cuenta para liquidar la pensión y como en este caso se advierte la inclusión de nuevos factores, en la parte motiva se ordenará a la Entidad realizar los descuentos de ley por aportes a salud.

## **6. De la excepción de prescripción**

Es del caso precisar que por tratarse de una prestación de carácter periódico, las mesadas pensionales pueden demandarse en cualquier tiempo por la Administración o por los interesados; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibir las, conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

En consonancia con la norma antes citada, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la Entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento que se hacen exigibles. Así las cosas, se observa que la pensión del causante fue reconocida a través de la Resolución N° 00702 de 11 de junio de 2004, efectiva a partir del 1° de enero de 2015 (f. 97-95), interrumpiéndose la prescripción con la solicitud de reliquidación presentada el 30 de junio de 2011 (f. 226 s.), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo operó respecto de las pretensiones de recibir el pago de las diferencias de las mesadas adeudadas desde el **30 de junio de 2008**.

## **7. De las costas**

Atendiendo a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, en atención a la prosperidad parcial de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: PRIMERO:** Declárase probada la excepción de prescripción de mesadas, formulada por la apoderada de la Entidad demandada, en relación con las causadas con anterioridad al 30 de junio de 2008, como se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARASE** la nulidad de la Resolución 24076 de 27 de junio de 2012, proferida por la Asesora de la Gerencia Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor José Doenitz Niño Durán, efectiva desde el 1° de enero

de 2005, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2005, incluyendo en la base de liquidación: **asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.** La reliquidación de la pensión surtirá efectos fiscales a partir del 30 de junio de 2008, en atención a que se configuró el fenómeno de prescripción.

Las sumas que resulten en favor del accionante, se ajustarán en su valor, 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 el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta 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 para la fecha en que debió hacerse cada pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

**CUARTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

**QUINTO:** La Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), deberá descontar de las anteriores sumas, los aportes correspondientes, **respecto de los factores salariales de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, con destino al Sistema General de Pensiones, por el período comprendido entre el 1º de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2004, por prescripción extintiva, **mes a mes**; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al

Sistema de Seguridad Social en Salud. Ello siempre y cuando, dichos valores no superen el monto de las diferencias causadas a favor del demandante, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados.

**SEXTO: ABSTIÉNESE** de condenar en costas en la presente instancia.

**SÉPTIMO:** En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

**OCTAVO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**NOVENO: NOTIFÍQUESE** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

  
**PATRICIA SALAMANCA GALLO**  
Juez