



a2

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICACIÓN** No. 110013335-012-2016-00379-00  
**ACCIONANTE:** CLEMA LUZ HERNANDEZ OLAYA  
**ACCIONADOS:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES

**AUDIENCIA DE PRUEBAS, ALEGACIONES FINALES Y FALLO  
ART. 181-182 LEY 1437 DE 2011  
ACTA No.349-18**

En Bogotá D.C. a los diez (10) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018) siendo las dos y treinta de la tarde (02:30 p.m), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc constituyó en audiencia pública en la sala 40 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

**INTERVINIENTES**

**Parte demandante:** DR. CARLOS ALFONSO HERNANDEZ OLAYA

**Parte demandada:** DRA. VIVIAN STEFANNY REINOSO CANTILLO a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia.

No asiste representante del Ministerio Público

**Decisión notificada en estrados**

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con los artículos 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decreto de Pruebas
2. Alegaciones Finales
3. Juzgamiento

**SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

Como Ninguna de las partes advierte la existencia de irregularidades, ni tampoco las observa el Despacho, queda agotada esta etapa de saneamiento.

## **CUESTION PREVIA**

*En audiencia llevada a cabo el día 29 de junio de 2018 se estableció que era necesario que la parte demandante allegara al proceso copias de las resoluciones DIR 2608 de 2018, SUB 148845 de 2018 y SUB 8995 de 2018.*

*A través de memorial radicado el 11 de julio de 2018 la entidad accionada allega el expediente administrativo en el cual constan las resoluciones solicitadas.*

*Las partes señalan que conocen la prueba allegada y que no tienen objeción al respecto, razón por la cual el Despacho procede a llevar a cabo la etapa de alegaciones finales y juzgamiento.*

## **ETAPA DE ALEGACIONES FINALES**

*Procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes.*

*La intervención de los apoderados, queda registrada en la videograbación de la audiencia.*

## **SENTENCIA**

*Teniendo en cuenta que hasta esta etapa procesal no se advierte vicio o irregularidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar la correspondiente sentencia.*

## **PROBLEMA JURÍDICO**

*Corresponde determinar si es procedente reliquidar la pensión de jubilación que percibe la demandante en cuantía del 90% dando aplicación al Decreto 758 de 1990 y al artículo 36 de la Ley 100 de 1996, así mismo.*

## **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

*Se resolverá sobre la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante de conformidad al siguiente análisis normativo y jurisprudencial.*

### **LEY 6 DE 1945.**

*La ley 6ª de 1945, dispone que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación, los empleados oficiales deben haber servido a la administración durante veinte (20) años continuos o discontinuos y tener cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón o, cincuenta (50) años si es mujer, caso en el cual, la pensión se liquidará con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.*

*En cuanto a los factores salariales no se definió cuales debían tenerse en*

3

cuenta para la reliquidación de la pensión; sin embargo por vía jurisprudencial<sup>1</sup> se precisó que estos factores se establecen con el Decreto 1045 de 1978 y los demás dispuestos en la sentencia del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado<sup>2</sup>, pues no son taxativos sino que constituye salario todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que se le dé.

## **RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - LEY 33 DE 1985**

Para los empleados que prestaron sus servicios en el Sector Público, esta normatividad dispuso que quienes hayan laborado durante 20 años de manera continua o discontinua y cumplan la edad de 55 años tendrán derecho a que se les pague una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios.

El artículo 1º parágrafo 2º de esta norma dispuso que a su entrada en vigencia, los empleados oficiales que hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad<sup>3</sup>.

La Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>4</sup> refiriéndose al régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, manifestó:

*“La Ley en comento, que obliga desde el 13 de febrero de 1985 - fecha de su promulgación -, es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los órdenes. Para la pensión ordinaria de jubilación dicho ordenamiento exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y que tenga 55 años de edad; sin embargo, se exceptúan de su aplicación a los siguientes sujetos: (...)*

*2. Los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido **quince (15) años** continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa Ley; se entiende que es necesario que ese régimen anterior haya sido expedido conforme a la Constitución.*

*[...]*

*A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de*

<sup>1</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2009, expediente No. 2003-8992 (2559-2007), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda-, en providencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor Victor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No.250002325000200607509 01 (0112-2009)

<sup>3</sup> Artículo 1º parágrafo 2º Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

<sup>4</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2009, expediente No. 2003-8992 (2559-2007), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".

[...]

Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.

Por lo expuesto, se aplicará en este caso el régimen anterior a la Ley 33 de 1985 en su integridad." (Negrita y subraya fuera de texto original).

### **PENSIÓN POR APORTES - LEY 71 DE 1988**

Esta modalidad de pensión fue creada con el fin de garantizar el derecho a la pensión de aquellos trabajadores que laboraron en el sector público y no completaron los 20 años de servicios pero laboraron en el sector privado, permitiendo sumar estos tiempos de cotización.

De conformidad con el artículo 7º de la citada Ley<sup>5</sup>, se otorga la pensión al sumar los tiempos públicos y privados, para los trabajadores que acreditaran 55 años de edad para el caso de las mujeres y 60 años para el caso de los hombres, y 20 años de aportes cotizados en cualquier tiempo en el sector público o el privado.

El Decreto 1160 de 1989 por medio del cual se reglamentó la Ley 71 de 1988, amplió aún más este concepto:

*Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer; acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público."*

El artículo 20 dispuso:

**"ARTÍCULO 20: Pensión de jubilación por aportes.** La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.*

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;

---

<sup>5</sup> **ARTICULO 7o.** A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o mas de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.

c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;

d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez. (Subrayas fuera de texto original)

Respecto de la anterior normatividad (artículo 20 del Decreto No. 1160 de 1989) el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción declaró la nulidad de los literales a), b) y c)<sup>6</sup>; y en cuanto a la forma indicada de liquidar las pensiones reconocidas bajo el régimen consagrado en la ley 71 de 1988, señaló:

*“En relación con la liquidación pensional deberá darse cumplimiento a lo ordenado en el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 que dispone:*

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

*El ingreso base de liquidación está consagrado en el artículo 6° de la referida norma, de la siguiente manera:*

*“Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.”.*

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

*Si bien es cierto que la mencionada norma fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, la misma debe entenderse vigente en razón a que se trata de una pensión reconocida aplicando beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.”<sup>7</sup>*

Corolario de la transcrita jurisprudencia, se tiene que en la liquidación de pensión por aportes, deberán tenerse en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el trabajador como contraprestación de sus servicios, salvo aquellos factores que se encuentran expresamente excluidos por la ley y la jurisprudencia, y que en el evento de no haberse efectuado los respectivos descuentos por aportes, se deberán realizar al momento de pagar las mesadas correspondientes.

**ACUERDO 049 DE 1990 APROBADO POR EL DECRETO 758 DE 1990.**

El Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 del 1° febrero de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, dispone:

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 8 de marzo de 1994, C. P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, 16 de febrero de 2012.

**ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE.** Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;

b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,

c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

a) Los trabajadores independientes;

b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,

c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplie la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

(Subrayado fuera del texto original)

#### **"PRESTACIONES DEL RIESGO DE VEJEZ.**

**ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

**ARTÍCULO 19. SALARIO BASE PARA LAS COTIZACIONES Y APORTES PARA EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, DE LAS PENSIONES COMPARTIDAS.** Se tomará como salario base para las cotizaciones y aportes que por concepto del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte deben cubrir los patronos al ISS para efectos de la compatibilidad de las pensiones de que trata el presente Reglamento, el valor de la pensión que se encuentre cancelando y que se vaya a compartir.

**ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ.** Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así

(...)

#### **II. PENSION DE VEJEZ.**

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

**PARÁGRAFO 1o.** El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

**PARÁGRAFO 2o.** La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
<b>1.250 o más</b>	<b>90</b>	<b>90</b>	<b>90</b>	<b>90</b>

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.  
 %, Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.  
 % Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.  
 % Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.

**ARTÍCULO 23. MONTO MINIMO Y MAXIMO DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ.** Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez integradas de conformidad con el artículo 20 del presente Reglamento, no podrán superar el 90% del salario mensual de base, ni ser inferiores al salario mínimo legal mensual, ni ser superiores a quince veces este mismo salario mínimo legal mensual."

De la normatividad trascrita se colige que la pensión por vejez se reconocerá a partir de las primeras 500 semanas de cotización con un monto mínimo del **45%** del salario mensual base, el cual se incrementa en 3 puntos por cada 50 semanas adicionales de cotización sin llegar a sobrepasar el **90%**, tope máximo al que se llega a partir de 1250 semanas o más de cotización. La norma prevé que el ingreso base de liquidación se obtiene sobre el cálculo matemático de promediar los salarios con los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas, que son el equivalentes al salario de los últimos dos años de servicio.

## FACTORES A INCLUIR EN LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL BAJO LOS ANTERIORES REGIMENES

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), en la cual señala que la enumeración que hace la Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino enunciativa, "bajo el entendido que son factores de salario, aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé."

En este orden de ideas, deben tenerse también como factores salariales los previstos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, -normas aplicables al régimen pensional del sector público vigente con anterioridad a la ley 33 de 1985-, que pese a encontrarse derogados sirvieron de parámetro orientador para que jurisprudencialmente se les reconociera dicho carácter.

<b>LEY 62 DE 1985</b> (listado de factores para el régimen de los servidores públicos señalado en la ley 33 de 1985)	Listado de factores para régimen de los servidores públicos, anteriores al régimen de la ley 33 de 1985 (Decretos 1045 y 1042 de 1978 del mismo año durante su vigencia)
<b>Asignación Básica,</b>	<b>La asignación básica mensual;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal a ) y (Decreto 1042 de 1978 (Art.42)
<b>Gastos de Representación,</b>	<b>Los gastos de representación</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal b)
<b>Primas de antigüedad,</b>	
<b>Prima técnica</b>	<b>La prima técnica</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal c)
<b>Prima ascensional</b>	
<b>Prima de capacitación</b>	
<b>Bonificación por servicios prestados</b>	<b>La bonificación por servicios prestados;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal y 46) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal g)
<b>Trabajo suplementario</b>	El valor del <b>trabajo suplementario</b> y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio(Decreto 1045 de 1978 Art.45) (Decreto 1042 de 1978 Art.42)
	<b>Los dominicales y feriados</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal c), (Decreto 1042 de 1978 Art. 42)
	<b>Las horas extras;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b)
	<b>Los auxilios de alimentación y transporte;</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e)
	<b>La prima de navidad</b> (Decreto 1045 de 1978

	<i>literal f Art.45)</i>
	<b>La prima de servicios</b> (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f)
	<b>Los viáticos</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i)
	<b>La prima de vacaciones</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k)
	<b>Los incrementos salariales por antigüedad</b> (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49)
	<b>Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal j),
	<b>Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978</b> (Decreto 1045 de 1978 Art.46 literal b)
	<i>Lo que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se haya percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio</i> (Decreto 1045 de 1978 Art.45
	<u>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968</u> (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal ll)

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad <sup>(8)</sup>, de navidad y de vacaciones <sup>(9)</sup> en la liquidación de las pensiones.

En otros análisis jurisprudenciales se **han excluido de la liquidación de la pensión** emolumentos como las vacaciones también denominadas sueldo de vacaciones bajo el entendido que no se causa como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual <sup>(10)</sup> y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001<sup>(11)</sup>

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)., Radicación Número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(1769-08)

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01

<sup>10</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C", , Bogotá D.C., Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), , Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL Expediente No.25000 23 42000 2013 02538 00

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, en sentencia proferida el cuatro (04) de marzo de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00195-01(0142-09), Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, luego de analizar los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda - Subsección "C", Magistrado Ponente Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil quince (2015)., Expediente: 25000-23-42-000-2014-00476-00. Bonificación por recreación devengada en el último año de servicios, no se ordenará su inclusión, pues de conformidad con los Decreto 1374 de 2010 y 1031 de 2011, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, los cuales se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso del SENA, disponen que dicha bonificación no constituyen factor salarial

Finalmente, deben excluirse también las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia, por efecto de la decisión de la H. Corte Constitucional <sup>12</sup> sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

Este último es el caso de las primas: “especial de población” y “de habitación” que fueron creadas por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, de manera que no pueden ser incluidas en la base de liquidación de la pensión, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. No es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997).

### **LEY 100 DE 1993**

La Ley 100 de 1993 instauró un Sistema de Seguridad Social que derogó la mayoría de regímenes pensionales anteriores a su vigencia, el nuevo régimen modificó los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que deben cumplir las personas para pensionarse.

Sin embargo, el artículo 36 de esta ley permite que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), tuvieran treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados puedan pensionarse aplicando el régimen anterior **al cual se encontraban afiliados**, lo que se conoce como régimen de transición.

La vigencia del régimen de transición se extendió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Como existían distintos regímenes pensionales, públicos y privados, antes de la vigencia de la ley 100 corresponde al operador jurídico establecer cuáles eran aplicables al administrado y cuál el más favorable.

La Corte Constitucional al estudiar el alcance del principio constitucional de prevalencia de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho precisó en la Sentencia C-168 de 1995:

---

12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, Agosto 28 de 1997. H. Corte Constitucional “De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes., , Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

*“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”*

Aplicando dicho concepto, en la sentencia C -596 de 1997 la misma Corte precisó: *“Las personas que alguna vez estuvieron afiliadas a tales regímenes, pero que al momento de entrar en vigencia la nueva ley ya no lo estaban, no podrán, en consecuencia, pensionarse de conformidad” con tales requisitos”*

Así las cosas, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 permitió que aquellas personas que cumplieran los requisitos, podían pensionarse **i)** bajo la ley 33 de 1985 (en caso de haber prestado 20 años de servicios en el sector público) **ii)** con la Ley 71 de 1988 (cuando sus cotizaciones fuesen del sector público y el privado) y **iii)** con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año (Cuando sus cotizaciones se efectuaran al ISS, hoy Colpensiones con posibilidad de acumular tiempo público<sup>13</sup>), siempre y cuando gozaran de ese régimen cuando entra en vigencia la ley 100.

<b>LEY</b>	<b>REQUISITOS</b>	<b>APLICACIÓN CON EL REGIMEN DE TRANCION DE LEY 100 DE 1993</b>
<b>6 de 1945</b>	50 años de edad sin distingo de sexo	<b>No aplica</b>  Se aplica por transición de la ley 33 de 1985. Por ello la liquidación del IBL se hace con todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio.
	Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios	
	20 años de servicios continuos o discontinuos para el Estado.	
<b>33 de 1985</b>	Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios	Se liquida con el 75 % de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello,
	55 años de edad sin distingo de sexo	Mantiene la edad y tiempo de servicios
	20 años se servicios públicos	Se liquida con los factores salariales los contemplados en el decreto 1158 de 1994, frente a los cuales haya cotizado.
<b>71 de 1988 o pensión por aportes</b>	55 años de edad para mujeres y 60 para hombres	Se liquida con el 75 % de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello.

<sup>13</sup> Tesis reiterada por la Corte Constitucional SU 769 DEL 2014

	<i>Se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año de servicios</i>	<i>Mantiene la edad y tiempo de servicios</i>
	<i>20 años de servicios, entre públicos y privados</i>	<i>Se liquida con los factores salariales los contemplados en el decreto 1158 de 1994 frente a los cuales haya cotizado.</i>
<b>Acuerdo 049 de 1990, regulado por el Decreto 758 del mismo año</b>	<i>55 años de edad para mujeres y 60 para hombres</i>	<i>Mantiene la edad y tiempo de servicios</i>
	<i>Mínimo 500 semanas dentro de los últimos 20 años, o 1000 en cualquier tiempo</i>	<i>El monto depende del número de semanas cotizadas, con un mínimo del 45% y un tope máximo de 90%</i>
	<i>El monto de la pensión oscila entre el 45 % al 90% de acuerdo al número de semanas cotizadas.</i>	<i>Los factores salariales para liquidar son los contemplados en el decreto 1158 de 1994 frente a los cuales haya cotizado.</i>
	<i>Aplica para trabajadores que cotizaron al ISS, pero también permite acumular tiempos públicos según sentencia SU 769 de 2014</i>	<i>Se liquida con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios o cuando faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciera falta para ello,</i>

### **CASO CONCRETO**

La señora CLEMA LUZ HERNANDEZ OLAYA nació el 28 de diciembre de 1958, laboró desde 16 de enero de 1975 al 14 de enero de 1981 en el sector privado, y como empleada pública desde el 12 de junio de 1981 hasta 01 de febrero de 2017 (fecha de renuncia folio 82), en el Fondo Educativo Regional de Bogotá. (fl 5 vto.); adquiriendo el status de pensionada el 28 de diciembre de 2013 cuando cumplió 55 años de edad (11 vto.).

Para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, y se encontraba vinculada como empleada pública por lo que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con aplicación de la ley 33 de 1985 y 71 del 1988.

En el sub judice se observa que a través de la Resolución GNR24861 del 04 de febrero de 2015 la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, reconoció la pensión a la señora CLEMA LUZ HERNANDEZ OLAYA, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta el principio de favorabilidad se aplicó la ley 797 de 2003 con una tasa de 79.10% comoquiera que al realizar el estudio y el cálculo en comparación con la normatividad aplicable por régimen de transición (la ley 71 de 1988) arrojó una mesada pensional superior.

De igual forma para obtener el ingreso base de cotización se tomaron los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 de 03 de junio de 1994; la mencionada pensión fue dejada en suspenso hasta que se acreditara el retiro del servicio.

Contra la anterior resolución la actora interpuso el recurso de reposición resuelto con la Resolución GNR 173351 del 12 de junio de 2015 (folio 10) y el recurso de apelación decidido en resolución VPB 7954 de 16 de febrero de 2016 (folio 15), las cuales confirmaron las disposiciones de la Resolución GNR24861 y negaron la solicitud de aplicación del acuerdo 049 de 1990 y del decreto 758 de 1990 que aprobaba el acuerdo en razón a que “para dar aplicación al artículo 20 del decreto 758 de 1990, es necesario que la asegurada tenga tiempos cotizados exclusivamente a esta entidad, y verificada la historia laboral solo acredita 368.91 semanas cotizadas, razón por la cual no es aplicable el decreto 758 de 1990”.

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a que se declare la nulidad de las Resoluciones 24861 del 04 de febrero de 2015, 173351 del 12 de junio de 2015 y 7954 de 16 de febrero de 2016 y a título de restablecimiento de derecho solicita se ordene la corrección del artículo primero de la parte resolutive de la resolución No. 022842 del 23 de julio de 2014, en cuanto al monto resultante de la aplicación de los factores salariales para la liquidación del Ingreso Base de liquidación.

Aunado a lo anterior requirió ordenar a COLPENSIONES para que expida una nueva resolución en la que la fórmula a aplicar sea con base en el artículo 20-II del acuerdo 049 de 1990, que con el tiempo cotizado por la accionante asciende al máximo allí establecido, esto es el 90% del salario base de cotización con la fórmula más aplicable al caso.

Para resolver las pretensiones de este caso, el Despacho establece que la señora CLEMA LUZ HERNANDEZ OLAYA tal como quedó expuesto, cumplió con los requisitos para acceder a la aplicación del régimen de transición de la ley 100 de 1993, por lo tanto, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez serían las establecidas por el régimen anterior al cual se encontraba afiliada.

De acuerdo a la sentencia C-596 de 1997, las personas que al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no se encontraran afiliadas a un régimen, no se le podrá reconocer la pensión con los requisitos establecidos en ellos:

*“Aplicando conceptos expuestos en relación con la argumentación contenida en la demanda, estima la Corte que los demandantes consideran violado el principio de favorabilidad simplemente porque ciertos regímenes pensionales anteriores al vigente, y más favorables para el trabajador, fueron derogados. Las personas que alguna vez estuvieron afiliadas a tales regímenes, pero que al momento de entrar en vigencia la nueva ley ya no lo estaban, no podrán, en consecuencia, pensionarse de conformidad con tales requisitos, circunstancia esta que es la que el libelo demandatorio estima lesiva del principio de favorabilidad laboral.”*

Quiere decir lo anterior que independientemente de que el administrado hubiese hecho cotizaciones al régimen público o privado, la expectativa legítima que protege el régimen de transición de la ley 100 es aquella que tenía el cotizante en el momento en que entra en vigencia la ley 100.

Comoquiera que para tener una expectativa legítima de mantener un régimen se requiere estar disfrutando del mismo, en el caso de autos, la señora CLEMA HERNANDEZ laboraba en el Fondo de Educación regional de Bogotá (sector público), a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para empleados territoriales (30 de junio de 1995), y por lo tanto la ley le otorgó el derecho a pensionarse con dicho régimen en los términos de la transición prevista en la nueva ley. Es decir, al no estar cotizando al ISS al momento en que entra la ley 100 no contaba con la expectativa de pensionarse con el acuerdo 049 de 1990 y por lo tanto este régimen no le es aplicable.

Así las cosas, la ponderación que hizo COLPENSIONES entre la liquidación hecha bajo los parámetros de la ley 71 de 1988 y la regulada en la ley 797 de 2003, dando aplicación a esta última por el principio de favorabilidad, es ajustada a derecho,

Por lo anterior, el Despacho negará la pretensión de aplicación del acuerdo 049 de 1990.

En relación con la pretensión de actualizar y pagar la pensión de vejez de acuerdo con lo resuelto, a partir de la fecha de reconocimiento (una vez retirada del servicio) y hasta la fecha del cumplimiento de la sentencia, junto con los intereses comerciales y moratorios correspondientes y por el resto del tiempo, también será negada no solo porque la pretensión principal fue denegada sino porque se allegó la resolución SUB 148845 del 04 de agosto de 2017 mediante la cual se reconoció el pago de la pensión de vejez a la demandante, ingresada a nómina del periodo agosto del 2017, con aplicación de la ley 797 de 2003 y tasa de 78.99%.

La anterior resolución fue confirmada por la resolución SUB 8995 de 16 de enero de 2018 la cual resolvió recurso de reposición; la resolución DIR 2608 de 06 de febrero de 2018, que resolvió el recurso de apelación, dispuso reliquidar la pensión cuyo disfrute sería a partir del 01 de febrero de 2017 en cuantía de \$1.770.101 y en el 2018 de \$1.842.498.

Las resoluciones en mención no modificaron la normatividad aplicada y respetaron lo establecido en los actos administrativos demandados; en caso de que haya alguna inconformidad con lo dispuesto en ellas, diferente al tema aquí debatido, podrán ser objeto de control jurisdiccional.

### **CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado<sup>14</sup>, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

---

<sup>14</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que debido a que le asistía fundamento de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para solicitar la reliquidación de su pensión de vejez, no se le condenará a pago por concepto de costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

**RESUELVE**

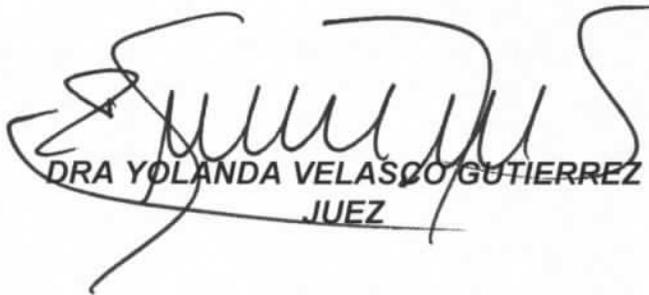
**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

**SEGUNDO. SIN CONDENA EN COSTAS** de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. DESTINAR** los remanentes del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

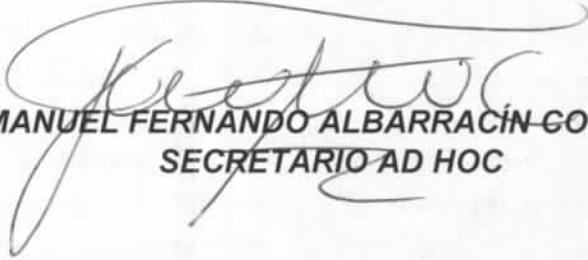
**CUARTO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**Decisión notificada en estrados**

  
DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ  
JUEZ

**CARLOS ALFONSO HERNANDEZ OLAYA  
APODERADO PARTE DEMANDANTE**

**VIVIAN STEFANNY REINOSO CANTILLO  
APODERADO PARTE DEMANDADA**

  
**MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA  
SECRETARIO AD HOC**