



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
- SECCIÓN SEGUNDA -  
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.  
Acta No. 81 DE 2017

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2015-00597-00  
**Demandante:** Lola Diana Rivera Ríos  
**Demandado:** Nación - Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
**Tema:** Reconocimiento pensión por aportes

En Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de julio de 2017, siendo las dos y veinte de la tarde (**02:20 pm**), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Lola Diana Rivera Ríos, en el radicado 110013335-017-2015-00597-00, en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

**Apoderado de la demandante:** Doctora MYRIAM LUZ ZULETA RODRIGUEZ identificado con C.C. No.41.666.494 de Bogotá y T.P. No.68.277 del C. S. de la J. Autoriza notificaciones al correo electrónico: [info@roldanabogados.com](mailto:info@roldanabogados.com).

Presenta en esta diligencia memorial de sustitución de poder en un (1) folio otorgado por el DONALDO ROLDAN MONROY, apoderado principal del demandante, y a quien en consecuencia se le reconoce personería adjetiva de conformidad y en los términos del memorial poder presentado.

El Despacho deja constancia que hasta este momento no se ha hecho presente la apoderada de la entidad demandada Doctora DANIELA RODRIGUEZ, quien conforme a lo dispuesto en el inciso 3º, numeral 3, del artículo 180 del CPACA dispone de tres (3) días para justificar su inasistencia. Asimismo, se advierte que la no asistencia del citado apoderado no impide el adelantamiento de la presente diligencia.

Se adopta mediante **auto de sustanciación No. 149**. Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público ALVARO PINILLA GALVIS, Procurador 87 Judicial I Administrativo no asiste a esta diligencia.

B. SANEAMIENTO

El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa; no obstante, se corre traslado a los sujetos procesales para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.166** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

C. EXCEPCIONES

La entidad demandada contestó la demanda en forma extemporánea conforme quedo sentado en constancia secretarial del 22 de noviembre de 2016, razón por la cual no hay lugar a pronunciarse sobre excepciones previas y el Despacho no advierte excepciones de esta naturaleza sobre las cuales deba pronunciarse de oficio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.167**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

## II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

### A. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta la demanda, las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la Resolución 6662 del 25 de noviembre de 2013, expedida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante.
2. Declarar la nulidad de la Resolución 1947 del 20 de marzo de 2014, por la cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó lo dispuesto mediante la Resolución 6662 de 2013.
3. Declarar que la señora Lola Diana Rivera Ríos, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes, a partir de que cumplió el status pensional, es decir 55 años de edad y 20 años de servicios, a partir del 29 de marzo de 2013, en cuantía del 75% del salario, con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status pensional.
4. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de la accionante, la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes ajustes a la ley, desde la fecha de la adquisición del status pensional.
5. Condenar a la accionada a que sobre las sumas adeudadas a la demandante se incorporen los ajustes al valor, conforme al Índice de Precios al Consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.
6. Condenar al Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
7. Condenar al Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a la demandante conforme con lo normado en el artículo 192 del CPACA.
8. Ordenar que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 ibídem y se condene en costas a la entidad.
9. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

### B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue contestada en forma extemporánea constancia secretarial del 22 de noviembre de 2016 (fl.60).

### C. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si la demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes dando aplicación a la Ley 71 de 1988.

La Juez concede el uso de la palabra a los sujetos procesales para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.168** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

## III. CONCILIACIÓN

El Despacho teniendo en cuenta que no hace presencia a la audiencia se declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se toma mediante **auto interlocutorio No.169** quedando notificados en estrados. Se corre traslado a los sujetos intervinientes. Sin objeciones.

## IV. MEDIDAS CAUTELARES

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

#### V. DECRETO DE PRUEBAS

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 *ibidem*, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas solicitadas por las partes así:

**Pruebas Aportadas Por La Parte Actora: TENER** como pruebas documentales las aportadas con la demanda a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda.

De otra parte, y habida cuenta que no es necesario el decreto de pruebas adicionales a las obrantes en el expediente, aportadas por la parte actora y por la entidad demandada con la contestación de la demanda, conforme lo establece el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; el Despacho **prescinde de la audiencia de pruebas**.

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.170**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

#### VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por no existir pruebas que practicar se prescinde de la audiencia de pruebas y se dispone conceder el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.171**, quedando las partes notificadas en estrados. Sin oposición. Se concede el uso de la palabra así:

**PARTE DEMANDANTE:** Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

#### VII. SENTENCIA

Agotadas las etapas previas enunciadas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA ORDINARIA DE PRIMERA INSTANCIA No.11**, así:

**TESIS DEL DEMANDANTE.** El demandante invoca la vulneración de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículo 36 de la ley 100 de 1993 y artículo 7º de la ley 71 de 1988; al considerar que la posición de la demanda adoptada a través de los actos administrativos enjuiciados en la presente Litis es equivocada, pues desconoce que la accionante cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y que con posterioridad se vinculó al Magisterio en donde prestó sus servicios durante algo más de (6) años, lo que, considera, hace a la señora LOLA DIANA RIVEROS RÍOS favorecida de la pensión de jubilación, en los términos señalados en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

#### CONSIDERACIONES

##### Régimen pensional aplicable

El Sistema Integral de Seguridad Social, la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, consagró como excepciones al mismo a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración; dicha entidad tendrá a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Conviene precisar que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 se aplican a los docentes que se hayan vinculado a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 81, inciso 2º, dispone que:

*“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...).”*

Consecuentemente, como la demandante se vinculó al servicio docente, desde el siete (7) de octubre de dos mil tres (2003), le es aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 desarrollado en su artículo 36, por contar con la edad y tiempo de servicios, que refiere dicha norma al momento de su entrada en vigencia, a saber 35 o más años de edad, y 15 o más años de servicios, al 1º de abril 1994.

### **Pensión por aportes Ley 71 de 1988**

Ahora bien, el régimen anterior a la ley 100 de 1993 sobre pensión por aportes lo hallamos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, norma expedida para zanjar la diferencia que se presentaba en cuanto los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación de los trabajadores del sector público y los del privado; contemplando que la pensión por aportes, es aquella en que el empleado o trabajador que no alcanzó a completar los veinte años de servicios oficiales exigidos en materia pensional, pero acredita cotizaciones por servicios en el sector privado, es posible acumular tiempos servidos en el sector público y privado a efectos de obtener el reconocimiento pensional por aportes, disponiendo expresamente:

*“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas. Ver: artículos 4, 19 y ss. Decreto Nacional 1160 de 1989 Lo relacionado con pensión de jubilación por aporte.*

*Parágrafo.- ~~INEXEQUIBLE. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.”~~*

El Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994 reglamentó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, así:

*“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 5 ibidem, se refirió a los tiempos no computables en los siguientes términos:

**“Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables.** No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”

El anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013<sup>1</sup>, al considerar que el ejecutivo se había excedido en sus facultades reglamentarias, comoquiera que el cómputo de los tiempos de servicio tenía reserva legislativa, por lo que no le era dable al Gobierno referirse al respecto.

El salario base para liquidar la pensión de jubilación por aportes, creada mediante la Ley 71 de 1988, fue adoptado en el artículo 6 del decreto 2709 de 1994, norma que dispuso:

**“Artículo 6°. 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 período correspondiente.”

El artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, fue derogado expresamente por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, artículo que fue declarado ajustado a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010<sup>2</sup>. Sin embargo, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 15 de mayo de 2014<sup>3</sup>, declaró la nulidad parcial del artículo 24 del decreto 1474, solamente en lo relacionado con la derogación del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, por considerar existía un vacío normativo en lo relacionado a la disposición aplicable en la liquidación de la pensión por aportes.

Sobre los efectos de la sentencia del 15 de Mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 19 de febrero de 2015, rad. 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13), se indicó:

*“Como no existió modulación de los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, significa que aplica la regla general conforme la cual los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son hacia el pasado, ex tunc, por ende se hace de cuenta que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, en este caso desde el 30 de mayo de 1997 en que se dictó el Decreto 1474, que en su artículo 24 había decretado la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, de ahí que se hace de cuenta que este último nunca salió del mundo jurídico.”*

Finalmente, el monto de la pensión de jubilación por aportes fue determinado en el artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, que indicó lo siguiente:

**“Artículo 8°. 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.”

<sup>1</sup> Radicado interno 2409-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>2</sup> Radicado interno 2586-07, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandante: Luis Enrique Álvarez Vargas. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

<sup>3</sup> Radicado interno 2427-2011, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Elías Núñez Ramos. Como razones para declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, entre otras cosas, dijo la Sección Segunda: “Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988). Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.”

Así las cosas, se tiene que la Ley 71 de 1988 y su Decreto reglamentario 2709 de 1994, regularon el reconocimiento de la pensión por aportes para aquellos trabajadores que hubieren realizado cotizaciones tanto en el sector público, como en el sector privado, exigiendo para su reconocimiento, 20 años de servicios, y 60 años de edad si es hombre, o 55 años si es mujer.

### **Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión por aportes**

El Consejo de Estado puntualizó en su jurisprudencia, que debe incluirse en la base de liquidación pensional, todos los factores que haya devengado el trabajador durante su último año anterior al retiro del servicio, así no se hayan efectuado cotizaciones sobre los mismos. Sobre el particular, la alta corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia 19 de febrero de 2015, rad. 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13), indicó lo siguiente:

*“Por ello no comparte la Sala la consideración del Ministerio Público en su concepto, que aduciendo la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 y amparado en una errónea lectura del artículo 11 de la Ley 71 de 1988<sup>4</sup>, estimó que se debe acudir a la Ley 33 de 1985 para liquidar la pensión del demandante, y que como los factores relacionados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, lo están por vía enunciativa y no taxativa según la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, que cita en su escrito.*

*Y es una lectura errónea del artículo 11 de la Ley 71 de 1988 la que hace la Agencia Fiscal, porque este artículo no está diciendo que ante un eventual vacío en ella se deba acudir a la Ley 33 de 1985, sino que, como lo dijo la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-623 de 1998, citada en precedentes apartes de este proveído, su entendimiento es que “la creación de esta modalidad pensional no modifica ni altera la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos con anterioridad para regular esta prestación jubilatoria, es decir, la legislación preexistente al momento de la expedición de la ley 71 de 1988.”, nada más.*

*Aquí debe reiterarse que, ante la derogatoria expresa hecha por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 al artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, que contemplaba el parámetro en la determinación del salario base para la liquidación de la pensión por aportes, en un comienzo y ante el vacío normativo esta Corporación venía acogiendo como regla lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero, con ocasión de la nulidad parcial del artículo 24 hecha en la sentencia del 15 de mayo de 2014, la regla dispuesta en el artículo 6º continúa vigente.*

*5.3. El Tribunal se ajustó a lo consagrado en el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, cuando ordena a la accionada reconocer al Sr. González pensión de jubilación por aportes conforme el régimen de la Ley 71 de 1988, señalando en el numeral 2º de la parte resolutive de su decisión, aclarado por Auto complementario del 28 de febrero de 2013 (reverso fl.193), que debe hacer la liquidación “con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (salario base de liquidación)...”, y que “[e]l salario base de liquidación deberá estar constituido por aquellos factores que comporten salario sobre los cuales se realizaron aportes o debiéndose efectuar no se hicieron por incuria del empleador, caso en el cual la entidad de previsión social podrá hacer los respectivos descuentos y liquidará la pensión de acuerdo con la ley.”. (Subrayas no son de lo citado).*

*Lo que significa que deben tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación todo lo que haya recibido el demandante de manera habitual y como retribución por su labor, salvo que se trate de un factor expresamente excluido por la ley para tales efectos, entre el 30 de noviembre de 1990 y el 30 de noviembre de 1991, que corresponde al último año de servicio del Sr. González en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; para lo cual la accionada deberá actualizar dichos valores a la fecha en que se hace efectiva la pensión, es decir, 16 de enero de 2009 y, partir de ahí, hacer los reajustes legales anuales sobre la mesada pensional. No otro es el alcance de lo resuelto por el a quo.”*

Así pues, se deben tener en cuenta que 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, siempre que no estén excluidos expresamente por una disposición legal para efectos de liquidación de pensión.

<sup>4</sup> Dice el artículo 11 de la Ley 71 de 1988: “Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.”

Lo anterior teniendo en cuenta además, el concepto de salario desarrollado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-521/1995, considerando este como un derecho fundamental de conformidad con la sentencia T-649/2013; así también el concepto de salario dado por el H. Consejo de Estado y, el enunciado en el Convenio 095 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad al haber sido ratificado por Colombia; establece la concordancia de dicho concepto con las cotizaciones a cargo de los empleadores y trabajadores siendo un deber el cotizar sobre el salario que reciba el trabajador *“independientemente de la denominación que se le dé”*, en contraprestación con el servicio prestado evitando así discriminaciones entre los trabajadores en materia prestacional y dando prelación a la realidad en las relaciones laborales, según se destacó en la sentencia T-1036/2005, entiende también que dicha cotización debe tener una relación directa y proporcional con el monto de la mesada pensional conforme con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, principio también desarrollado por la Ley 33 de 1985 cuando hace referencia al monto de la pensión en relación con el 75% de salario promedio que sirve de base para los aportes durante el último año de servicio, el artículo 19 del Decreto 3063 de 1989 y el concepto desarrollado por el Consejo de Estado desde la sentencia del 21 de septiembre del año 2000 radicación interna 47099 con ponencia del Dr. PÁJARO PEÑARANDA, erigiéndose como la suma de varias partidas y la liquidación aritmética del derecho pensional con la suma del respectivo promedio de factores.

En virtud del sustento normativo y jurisprudencial previamente expuesto, este Despacho ha considerado frente a la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 es ir en contravía de I) el principio de inescindibilidad normativa que cobija a este grupo de trabajadores que ostentan una expectativa legítima creada por el propio legislador referente a la aplicación de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993; II) el concepto integral de salario del Convenio 95 de la OIT, y su correspondencia con la cotización al régimen pensional y el monto pensional; III) el principio *pro homine* o de favorabilidad desarrollado por el artículo 53 de la Constitución Política; IV) el sistema de fuentes del derecho, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011; V) el principio de progresividad en materia laboral; y VI) el artículo 334 de la Constitución Política referente a que ninguna autoridad judicial puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva como es la pensión de jubilación, siendo el pago de los aportes sobre el salario realmente devengado por el trabajador un medio adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, no siendo a cargo del trabajador la no cancelación de los aportes de ley con base en lo realmente devengado, pues tal circunstancia vulnera sus derechos fundamentales.

#### **Con respecto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Respecto a estos que se encuentran establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe precisar que dicho derecho solo puede deprecarse al momento en el que la obligación se hace exigible y no existe controversia sobre la cuantía del pago de la misma.

Es decir, la condena por intereses procede una vez se determina en forma definitiva la obligación de reconocer la pensión, así lo ha precisado el Consejo de Estado, entre otras, mediante sentencia del 12 de febrero de 2014 en la que señaló:

*“Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho al reconocimiento de la pensión a favor del actor sólo vino a ser plenamente establecido con la sentencia de 21 de enero de 1999, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado y que atrás fue referida, es a partir de este pronunciamiento que CAPRECOM incurrió en retardo en el pago de la pensión, puesto que a partir de esta fecha, debió acceder a la prestación solicitada por el hoy demandante como*

*quiera que cualquier discusión jurídica al respecto ya se encontraba zanjada, como atrás se anotó*".<sup>5</sup>

Por lo anterior, a la luz de la norma y de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es contundente señalar que mientras no exista claridad sobre el lleno pleno de los requisitos no se puede exigir la aplicación de intereses moratorios; así las cosas, en el presente caso estos intereses resultan improcedentes al haberse encontrado la fecha de efectividad del derecho en controversia.

Igualmente cabe subrayar que en el presente caso se está aplicando directamente la Ley 71 de 1988 y no la Ley 100 de 1993, por lo cual no es posible el empleo de la solicitada determinación del artículo 141 por hacer parte de un régimen diferente al aplicado a la demandante y todo ello en virtud y aplicación del principio de inescindibilidad.

Como conclusión es de reiterar que como bien lo dice el Consejo de Estado esos intereses surgen cuando no hay discusión jurídica sobre el reconocimiento pensional, y es a partir de ese momento en que no existe controversia en el reconocimiento que se puede dar aplicabilidad al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

## CASO CONCRETO

### Régimen de transición. Situación jurídica del peticionario.

La entidad demandada, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá, en la **Resolución No.6662 del 25 de noviembre de 2013** negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante al considerar que no cumplía con los 57 años de edad para acceder a ella según lo prescrito por la Ley 100 de 1993 (fls.7-10). Posteriormente al resolver el recurso de reposición interpuesto por la accionante y mediante **Resolución 1947 del 20 de marzo de 2014**, reiteró los argumentos del acto acusado, señalando además que el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, solo aplica para los docentes del régimen exceptuado del magisterio, precisándole a la demandante que deberá esperar hasta cumplir la edad exigida para radicar nueva solicitud de reconocimiento pensional Ley 100 de 1993 (fls.11 al 14).

Ahora bien, se encuentra probado que la señora LOLA DIANA RIVERA RÍOS, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 36 años de edad por haber nacido el 29/03/1958 (fl.2) y más de 16 años de servicio según su reporte de semanas cotizadas de COLPENSIONES empezó a cotizar desde el 09/03/1976 (fl.3 cdno. ppal.).

Que según lo anterior la demandante cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios el 29 de marzo de 2013, y que acumulo durante sus años de trabajo más de 1100 semanas cotizadas. En consecuencia la Ley pensional ordinaria pertinente y aplicable para quienes durante su vida laboral, realizaron cotizaciones o aportes por 20 años continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias entidades de previsión social, y prestó sus servicios en entidades tanto privadas como públicas, como es el caso de la demandante, a juicio de este Despacho y según el análisis normativo precedente, es, como ya se enunció, el señalado en la Ley 71 de 1988<sup>6</sup> que en su artículo 7º inciso primero estableció la regla según la cual 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, 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.

En consecuencia la señora LOLA DIANA RIVERA RÍOS tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con 55 años de edad, 20 años de servicios y el monto de la pensión,

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02431-01(29802), Actor: Luis Alejandro Rojas Angarita, Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM

<sup>6</sup> De 22 de diciembre de 1988 "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".

establecidos para la pensión aportes consignada en la Ley 71 de 1988, a partir del el 29 de marzo de 2013.

El Despacho se permite precisar en cuanto al MONTO que, según el diccionario de la lengua, significa "*Suma de varias partidas, monta. Y monta es Suma de varias partidas.*"<sup>8</sup>. En consonancia, se advierte que, conforme a la acepción de la palabra monto, cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100<sup>9</sup>.

Bajo estos supuestos, debe decirse que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debiéndose liquidar de acuerdo con las previsiones de la Ley 71 de 1988, y teniendo en cuenta todos los factores salariales.

### **Factores que integran el ingreso base de liquidación de la demandante**

En punto de los factores salariales para la liquidación de la citada prestación pensional, hemos de tener en cuenta que el último año de servicios de la demandante corresponde al periodo comprendido entre el **1 de diciembre de 2010 al 1 de diciembre del 2011** (según certificado de historia laboral visible a folios 4 al 6 del cuaderno principal).

En consecuencia, la entidad demandada deberá proceder al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante tomando como IBL el 75% de la **totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, como ya se anotó, del **1 de diciembre de 2010 al 1 de diciembre del 2011**.

### **Restablecimiento del Derecho**

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por la accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **1 de diciembre de 2010 al 1 de diciembre del 2011**, incluyendo la **totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio**; actualizando el valor del ingreso que sirve de base para el reconocimiento de la pensión, según la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE; esto conforme con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debiéndose efectuar a partir del 2 de diciembre de 2011 hasta el 29 de marzo de 2013.

Es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a la deducción legal; lo anterior, dado que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional<sup>10</sup>.

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía del retroactivo producto del reconocimiento pensional, y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le

<sup>8</sup> Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396

<sup>9</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: Luis Mario Velandía Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente.

Es de subrayar que los aportes que no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, en palabras del Consejo de Estado<sup>11</sup>, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor<sup>12</sup>, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

**Prescripción:** De conformidad con la petición de reconocimiento pensional y la solicitud de reliquidación pensional en el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Como quiera que la parte actora presentó su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación el 8 de agosto de 2013, interrumpiendo la prescripción trienal, y atendiendo a que la accionante había adquirido su estatus pensional el 29 de marzo de 2013, evidenciándose que no operó en el presente caso el fenómeno prescriptivo.

**Reajustes pensionales:** Una vez determinada la cuantía de la pensión liquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

**Ajuste al valor:** Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser actualizada conforme al índice de precios al consumidor.

**Intereses:** A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**Cumplimiento de la sentencia:** El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

**Costas:** Teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...”*.

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMF7 ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

<sup>12</sup> En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>13</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

*“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*

*Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*

*Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”*

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2,4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>><sup>15</sup>”*

Por lo anterior, se condena en costas a la parte vencida sin determinar el valor de las agencias en derecho por no haberse probado su valor en esta instancia.

Advierte el Despacho que las normas citadas, la jurisprudencia anunciada, la fórmula referida, y el desarrollo del tema en extenso quedan consignados en el acta de esta diligencia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD de las Resolución No.6662 del 25 de noviembre de 2013 negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante; y de la Resolución 1947 del 20 de**

<sup>13</sup> Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

<sup>15</sup> Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

**marzo de 2014**, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución anterior, reiterando los argumentos del acto acusado; según las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar la pensión de jubilación a la señora LOLA DIANA RIVERA RÍOS, identificada con la C.C No.41.754.258 de Bogotá D.C., en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del 1 de diciembre de 2010 al 1 de diciembre del 2011, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en ese año; actualizando el valor del ingreso que sirve de base para el reconocimiento de la pensión, según la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde el 2 de diciembre de 2011 hasta el 29 de marzo de 2013, fecha en que cumplió la edad para acceder a la pensión.

La liquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.- ORDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagar las mesadas adeudadas a favor de la demandante, desde el 29 de marzo de 2013, como quiera que no hubo prescripción.

**CUARTO.- DISPONER** que de las mesadas pensionales liquidadas y reajustadas la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley**; pues esta es una carga que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago. Descuentos que deberán ser ajustados para que no se vulneren los derechos fundamentales del demandante.

**QUINTO.- DECRETAR** que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**SEXTO.- CONDENAR** al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

**SÉPTIMO.- CONDENAR EN COSTAS** en esta instancia pero no en agencias en derecho por no haberse probado.

**OCTAVO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda

**NOVENO.-** Una vez en firme esta sentencia, **LIQUÍDENSE** las costas y los gastos del proceso; **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere; **EXPÍDANSE** las comunicaciones pertinentes. **AUTORIZAR** desde ahora la expedición de las copias que soliciten las partes. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

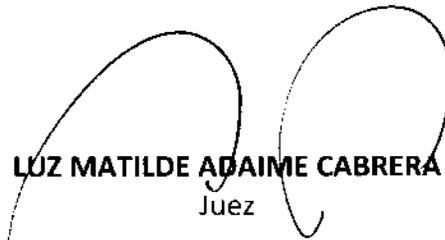
**DÉCIMO.-** Las decisiones adoptadas en la presente audiencia, incluida la sentencia proferida quedan **notificadas en ESTRADOS**, tanto a los comparecientes como a los no comparecientes, conforme se establece en el artículo 202 del CPACA.

De la sentencia se corre traslado a los intervinientes para que manifiesten si contra la misma interponen recurso alguno.

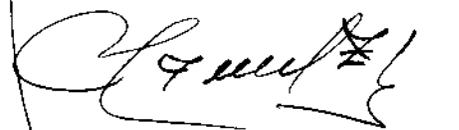
**El apoderado de la parte demandante:** quien no interpone recurso.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las tres y treinta y tres minutos de la tarde (03:40 P.m.) y se firma por quienes en ella intervinieron.

**FIRMAS,**



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez



**MYRIAM LUZ ZULETA RODRIGUEZ**  
Apoderado Demandante



**NATALY BONELL MORENO**  
Profesional Universitario

