



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., 17 8 JUL. 2018

Sentencia Nº. 68

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00412-00

Demandante: DILIA HERMENCIA GUERRERO DE FRANCO

Demandado: COLPENSIONES

Tema: Reliquidación pensional – Régimen de Transición Ley 33 de 1985

No encontrándose causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora **DILIA HERMENCIA GUERRERO DE FRANCO** actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 17 de noviembre de 2016 (f. 56), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

1. Que se declare la **nulidad parcial** de la **Resolución GNR 40640 del 20 de febrero de 2015**, que reliquidó la pensión de jubilación y la **nulidad** de las **Resoluciones GNR 103513 de 13 de abril de 2016** y **Resolución VPB20817 de 06 de mayo de 2016** que resolvieron un recurso de reposición y apelación, respectivamente.
2. A título de restablecimiento de derecho, se ordene se reliquide la pensión de jubilación de la demandante con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con la ley 33 de 1985, en consonancia con la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.
3. Se ordene los reajustes legales con base en la nueva liquidación, el pago de las diferencias pendientes por pagar debidamente indexadas dando aplicación a los artículos 187 del CPACA y el cumplimiento de la sentencia en el término fijado por el artículo 192 del CPACA.

Normas Violadas y Concepto De Violación, la demandante invocó los artículos 2, 13, 25, 48, 49 y 58 de la Constitución, Ley 57 y 153 de 1887, Ley 4 de 1966, Ley 5 de 1969, Ley 33 de 1985 y Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

La demandante indicó que la entidad al expedir los actos demandados viola el artículo 138 de ley 1437 de 2011 y normas superiores en que debían fundarse, por cuanto quebrantó e infringió las disposiciones ya señaladas, por cuanto la pensión de jubilación de los empedados oficiales fue establecida por la Ley 33 de 1985 y ley 71 de 1988, donde no tiene

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
EXPEDIENTE: 2016-00412
Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar que se liquida las pensiones con fundamento en lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente por causa de la relación laboral, de igual manera señaló que en sentencia del H. Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010 estableció que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir las sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contra prestación de sus servicios.

Por lo anterior solicita dar aplicación a los artículos 10 y 102 del CPACA, y en consecuencia se ordene re liquidar la pensión de jubilación con fundamento en lo devengado y certificado durante el último año de servicio con la indexación respectiva, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de estado y la normatividad Ley 33 de 1985. (Fl.49-51)

Contestación de la Demanda La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón a que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993, la ley 33 de 1985. Señala que la H. Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se tienen en cuenta el régimen anterior, por lo tanto, se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o los que les hiciera falta, así como los factores taxativos establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Precisó que el IBL de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, beneficiarios del régimen de transición se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990 y por regla general, por la ley 100 de 1993, para el caso de quienes faltaba menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, se les aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero para quienes les faltare más de 10 años el IBL será el previsto por el artículo 21 de la ley 100 de 1991.

Por último resalta que se deben tener en cuenta los precedentes de la Corte Constitucional como quiera que dicha corporación fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante. La parte demandante reitera cada uno de los fundamentos de la demanda y señala algunas precisiones tal como quedó consignado en el audio de la audiencia inicial.

Parte demandada. Tal como quedaron consignados en el audio de la audiencia inicial.

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ENJUICIADOS

- .- Resolución GNR 40640 de 20 de febrero de 2015, que ordenó la reliquidación de una pensión vitalicia de vejez. (F.14)
- .-Resolución GNR 103513 de 13 de abril de 2016 por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución de 20 de febrero de 2015. (F24)
- .- Resolución VPB 20817 de 06 de mayo de 2016, por la cual se resuelve un recurso de apelación, confirmando una resolución apelada (F. 29).

Hechos probados

De acuerdo con la documental aportada por la parte actora, la Resolución 1577 de 16 de febrero de 2001 reconoció la pensión a la accionante, la cual fue modificada por la Resolución 024007 de 12 de octubre de 2001, respecto de la fecha de causación y cuantía.

La accionante presentó solicitud de revisión y ajuste de pensión jubilación el 15 de mayo de 2014, el cual dio origen a los actos demandados resoluciones GNR 40640 de 20 de febrero de 2015, GNR 103513 de 13 de abril de 2016 y VPB 20817 de 06 de mayo de 2016.

Certificación laboral, de tipo de empleo, salario base, salarios de mes a mes de 1999 a 2001 y certificación de los factores salariales del último año de servicio (Fl.34 a 45).

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios, conforme el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Solución al problema jurídico. Tratándose del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme a la posición unificada el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en virtud de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso.

La Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición, dirigido a dos grupos de servidores: i) a quienes, no teniendo un régimen especial, hubieren laborado por más de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) y ii) a quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, para la fecha de su expedición se hallaban retirados del servicio.

En el presente caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, pues no perteneciendo al grupo de servidores con régimen especial, al 13 de febrero de 1985 contaba con más de 15 años de servicio conforme con las consideraciones señaladas por la demandada en los actos demandados ¹.

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

De acuerdo con lo anterior, la señora DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el inciso primero del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985², esto es, que su pensión se adquiere con 50 años de edad de la ley 6 de 1945 y, 20 años de servicios, monto del 75% y factores devengados en el último año de servicio según la ley 33 de 1985.

Factores que integran el ingreso base de liquidación.

En punto de los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión con base en las Leyes 33 y 62 de 1985, la tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010 Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, es que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral en razón a que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados que no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión adoptada por el consejo de estado se establece en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En la referida sentencia se dijo lo siguiente:

“De los factores de salario para liquidar pensiones.

...

²Ley 33 de 1985, “Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
EXPEDIENTE: 2016-00412
Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica**, gastos de representación, **prima técnica**, dominicales y festivos, horas extras, **auxilios de transporte y alimentación**, **bonificación por servicios prestados**, **prima de servicios**, **incrementos por antigüedad**, **quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional. 3.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación....”

(Negritas y subrayado fuera de texto)

El caso concreto

Conforme con los actos demandados la entidad reconoce que la demandante se le debe aplicar la edad de la Ley 6 de 1945, el tiempo de servicio y monto de la Ley 33 de 1985 y, el promedio de la asignación básica de los últimos 10 años de servicio.

Observando que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la ley 33 de 1985, pues al 29 de enero de dicho año contaba con 15 años de servicio, la pensión de jubilación debe ser reliquidada con el 75% de todo lo devengado en el último año de servicio conforme a la posición unificada el 4 de agosto de 2010 por la Sala Plena Sección Segunda del Consejo de Estado, Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en virtud de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Según la certificación visible a folio 14-15 del expediente, la demandante en el último año de servicios que corresponde al periodo comprendido entre el **14 de agosto de 2000 al 13 de agosto de 2001**, devengó lo siguiente:

Salario básico

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

Prima de Antigüedad
 Prima técnica
 Prima de Servicios
 Prima de navidad
 Prima de vacaciones
 Quinquenio
 Salario de Vacaciones
 Alimentación
 Transporte

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados, que negaron la reliquidación pensional, y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico. Por tanto, este Despacho procederá a declarar su nulidad y ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho pues los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, tal como lo indicó la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010, no se indican en forma taxativa sino que, los mismos están simplemente enunciados.

En consecuencia, la entidad demandada deberá proceder a reliquidar la pensión de la demandante a partir del 13 de agosto de 2011 con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio esto es, asignación básica, **la prima de antigüedad, prima técnica, el auxilio de alimentación, de transporte y, la doceava parte de la prima de vacaciones, la prima de servicios y la prima de navidad.**

En cuanto al **salario por vacaciones**, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró:

"No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional".

Por lo anterior, no resulta procedente la inclusión del mencionado salario por vacaciones en el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la aquí actora.

Respecto a la **prima de navidad**⁴, conforme el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, este tiene correspondencia anual, se liquidará y pagará con base en el último salario devengado al 30 de noviembre de cada año; razón por la cual su cómputo para la liquidación de la mesada pensional será de una doceava (1/12) parte.

⁴ ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable. ARTICULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

Sobre la **prima semestral o de servicios**⁵, al ser esta una prestación de causación anual, según el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 determinándose como un solo pago; se tendrá en cuenta el valor en una doceava (1/12) parte.

Referente a la **prima de vacaciones**⁶, este factor salarial, que en consonancia con las prestaciones antepuestas, también es de causación anual y de un solo pago en el año, previo al disfrute de las vacaciones, según los artículos 25 y 28 del Decreto 1045 de 1978; se pagará sobre una doceava (1/12) parte.

Por último, frente al **quinquenio**, es importante poner de presente la sentencia del 2 de marzo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda - Subsección "D", con ponencia del Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA, rad. 11001-33-35-028-2015-00294-01, en la cual sobre el tema de la inclusión de dicho factor, precisó lo siguiente:

*"En relación con la legalidad del **quinquenio**, la Sala precisa que contrario a lo expuesto por el A quo, este emolumento no puede incluirse en la reliquidación pensional, toda vez que el mismo se creó mediante el Acuerdo 35 de 1933, modificado por los Acuerdos 37 de la misma anualidad y 44 de 1961⁷, es decir, que dicho emolumento fue expedido en vigencia de la Constitución de 1886, cuando los entes territoriales tenían la potestad de fijar el régimen salarial de los sus empleados. No obstante, con la expedición del **Acto Legislativo No. 1 de 1968**, las competencias de los entes territoriales se limitó a la facultad de determinar las escalas de remuneración de acuerdo con las diferentes categorías de empleo; frente al régimen prestacional, la competencia radicaba exclusivamente en el Congreso. Tras la expedición de la Constitución de 1991 se estableció que el competente para dictar las normas generales, para que el Gobierno Nacional fije el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, es el Congreso de la República.*

*Lo anterior significa que los empleados públicos distritales que se **vinculen después del año 1968**, deben someterse "a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o factores que*

⁵ ARTICULO 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre. ARTICULO 59. DE LA BASE PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIO. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación: a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo. b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto. c) Los gastos de representación. d) Los auxilios de alimentación y de transporte. e) La bonificación por servicios prestados.

⁶ ARTICULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior. ARTICULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio. ARTICULO 26. DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIO. Para efectos del cómputo de tiempo de servicio para el reconocimiento de la prima de vacaciones, se aplicará la regla establecida en el artículo 10 de este decreto. ARTICULO 27. DE LOS DESCUENTOS A FAVOR DE PROSOCIAL. ARTICULO 28. DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado. ARTICULO 29. DE LA COMPENSACION EN DINERO DE LA PRIMA VACACIONAL. La prima de vacaciones no se perderá en los casos en que se autorizare el pago de vacaciones en dinero. ARTICULO 30. DEL PAGO DE LA PRIMA EN CASO DE RETIRO. Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional.

⁷ "La recompensa por servicios prestados será pagada a los empleados y obreros que hubieren trabajado al servicio del Distrito o de las empresas afiliadas por periodos de cinco (5) años consecutivos, sin interrupciones mayores de ciento ochenta (180) días, en caso de enfermedad o de accidente de trabajo, o de treinta (30) días, por otras interrupciones de trabajo, mientras no estén disfrutando de pensión de jubilación y hayan desempeñado sus funciones con corrección y competencia, según certificación que deberán expedir en cada caso los respectivos jefes de personal o quien haga sus veces. El valor de esta recompensa será igual al quince por ciento (15%) del sueldo devengado por el trabajador en el último año del respectivo quinquenio y será liquidado de la misma manera que el auxilio de

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal”⁸.

Sobre el mismo tema, el H. Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 2014, Exp: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), Demandante: Ana Rosa Solano de Rincón, Demandado: FONCEP, con ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, en un caso análogo, donde se discutía los factores que debían incluirse en la reliquidación de pensión de una empleada del orden distrital, en especial los factores de prima de riesgo visual y el quinquenio, se pronunció respecto a los derechos salariales creados a través de actos expedidos por autoridades del orden territorial, así:

“El Estado no está obligado a mantener un régimen de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que el salario o las prestaciones sociales deban permanecer perennes y solo ser modificadas en lo favorable. Es decir que se deben respetar salarios y prestaciones sociales de quienes los perciban al momento de la expedición del nuevo régimen, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la Ley.

(...)

Esta Corporación en anteriores oportunidades expresó que no puede considerarse que las expresiones “continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando” consagradas en los Decretos 1133 y 1808 de 1994, hubiesen legalizado las prestaciones extralegales que venían siendo reconocidas por acuerdos, decretos distritales y actas de convenio, pues tales actos van en contravía directa de la Constitución y la ley, por haber sido expedidos con carencia absoluta de competencia y, en consecuencia, no originan derechos adquiridos.”

Más adelante en la precitada sentencia, el Consejo de Estado señaló:

“Con relación al quinquenio, como su origen, data de fecha anterior al año 1968, el Consejo Distrital bien podía crearlo si este se considera como elemento salarial, sin embargo se tiene claro que la actora se vinculó después del año 1968, lo que quiere decir que se encuentra sometida a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal por tanto no se avala su inclusión en la liquidación de la pensión.

Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional”.
(Subraya fuera de texto)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 13 de febrero de 2014. Exp: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12). Actor: Ana Rosa Solano de Rincón, Demandado: Fondo de Prestaciones Económicas y

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

Conforme lo anterior, para el caso en concreto, el **quinquenio** creado por el Acuerdo 35 de 1933 y modificado por los Acuerdos 37 de 1933 y 44 de 1961 no puede ser incluido en la reliquidación pensional del demandante, ya que su vinculación con el Distrito fue con posterioridad al año 1968⁹, cuando la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes, radicaba de manera exclusiva en el Legislador.

Es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional¹⁰.

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹¹, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, 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 actor¹², de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

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 del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores, y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le 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.

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

Prescripción: El Decreto 1848 de 1969 artículo 102 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.

⁹ Según la Resolución 01084 DE 2006, el actor ingresó a trabajar al Distrito Capital desde 19 de febrero de 1971.

¹⁰ 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.

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

En el caso concreto, es procedente declarar la prescripción atendiendo que el 15 de mayo de 2014 se presentó la solicitud de reliquidación pensional, por tanto, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2011.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional a partir del 13 de agosto de 2001 y el pago de las diferencias que arroje la reliquidación ordenada, a partir del 15 de mayo de 2011 por prescripción trienal, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**, pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Imprescriptibilidad de los aportes del sistema de seguridad social

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del accionante desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹³, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, 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 actor¹⁴, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Destacándose además que los aportes a seguridad social no cancelados por el actor son imprescriptibles a la luz del artículo 48 constitucional¹⁵ en consonancia con el artículo 141 del código sustantivo del trabajo, el cual señala que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son irrenunciables salvo casos exceptuados por lo tanto los derechos y prerrogativas con irrenunciables. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado quien con ocasión de una acción que pretendía la declaratoria del contrato realidad sobre la obligación del pago de aportes a seguridad social precisó:

“Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ 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.

¹⁴ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

¹⁵ Constitución Política ARTÍCULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo."¹⁶

En posterior pronunciamiento este alto tribunal reiteró:

Ahora bien, pese a la regla general anterior, esta Corporación ha entendido que los aportes al sistema general de seguridad social en pensión se encuentran excluidos no solo de la caducidad sino también de la prescripción, por tratarse de derechos irrenunciables, ciertos e indiscutibles, así lo reiteró en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁷ al indicar: «[...] no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad."¹⁸

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

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.

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁷ Consejo de Estados, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) SE.088, Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00283-

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENECIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada sobre las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2011 de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** de la **Resolución GNR 40640 del 20 de febrero de 2015**, que reliquidó la pensión de jubilación y la **NULIDAD** de las **Resoluciones GNR 103513 de 13 de abril de 2016 y VPB20817 de 06 de mayo de 2016** que resolvieron un recurso de reposición y apelación, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de jubilación de la señora **DILIA HERMENECIA GUERRERO DE FRANCO** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.335.938 de Bogotá a partir del 13 de agosto de 2001 en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **14 de agosto de 2000 al 12 de agosto de 2001**, incluyendo como factores salariales la **asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, transporte, prima técnica y, una doceava parte (1/12) de: prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.**

La reliquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial a efectos de determinar los aportes pensionales no cotizados al sistema para la efectividad del derecho reclamado por el demandante, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

CUARTO.- DISPONER que de las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir desde la fecha de su causación**, pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

QUINTO. - Las diferencias por pagar a cargo de COLPENSIONES deberán ser ajustadas dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE
 DEMANDANTE: DILIA HERMENIA GUERRERO DE FRANCO
 EXPEDIENTE: 2016-00412
 Reliquidación- Régimen de Transición Ley 33 de 1985

tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- 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.

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiera; así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOVENO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia en el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ

Adp

