



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

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta N. 48 – 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00761-00

Demandante: RAFAEL MORENO MONROY

Demandado: FONCEP

Tema: Reliquidación pensional – Régimen de transición de la Ley 33 de 1985

En Bogotá D.C., a los quince días del mes de junio del año 2018 a las 9 am la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá, en la sala de audiencia No. 28, 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 el señor **Rafael Moreno Monroy**, en el radicado 110013335-017-2015-00761-00, en contra del **FONCEP**.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderada del demandante: NATALIA ANDREA BARAJAS MUÑOZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.018.427.521 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 253.057 del C.S. de la J., a quién se le reconoce personería para actuar y autoriza notificaciones al correo electrónico nataliabinterve2010@gmail.com

Apoderado del FONCEP: JUAN CARLOS BECERRA RUÍZ., identificado con la cédula de ciudadanía 79.62.143 de Bogotá y T.P. 87.834 del C. S. de la J, quien autoriza notificaciones electrónicas al correo electrónico: notificacionesjudicialesart197@foncep.gov.co.

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público. Decisión adoptada mediante auto de sustanciación N° 565.

B. SANEAMIENTO

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado en el proceso bajo estudio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 459** y se notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

C. EXCEPCIONES

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A., la entidad demandada propuso las excepciones que denominó: **i)** Inexistencia de la obligación de conformidad con lo señalado en la sentencia de constitucionalidad SU-230 de 2015, **ii)** Legalidad de los actos administrativos los cuales se expidieron con apego a la Ley y posición Jurisprudencial, **iii)** Ausencia en la causa para pedir, **iv)** prescripción, **v)** Descuentos de los aportes como factores salariales.

En primer lugar, frente a la excepción de “No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, esta fue negada por este Despacho, mediante auto de 1 de diciembre de 2016 (f 89-90), siendo confirmada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 31 de marzo de 2017 (f 100-102).

El Despacho considera que de acuerdo con la sustentación de las excepciones propuestas, estas no están llamadas a prosperar en tanto que no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucran ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones-perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso resueltos.

Frente a la excepción de **prescripción**, se resolverá una vez se decida el mérito de las pretensiones.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 460** Las partes quedan notificadas en estrados. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

La entidad demandada en la contestación aceptó todos los hechos de la demanda, precisando que el tema a discutir se basa en establecer si le asiste derecho al actor a la reliquidación de la mesada pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

DE LA DEMANDA

Pretensiones: Conforme lo dispuesto previamente, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la **Resolución No. 000498 del 17 de marzo de 2015**, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985.
2. Declarar que el demandante es beneficiario de la Ley 6 de 1945, motivo por el cual de reconocerse la pensión a partir de los 50 años de edad, esto es, desde el 24 de octubre de 1995.
3. Declarar que el demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación conforme lo establecido en el Decreto Ley 1045 de 1978 y/o Ley 33 y 62 de 1985, incluyendo para el efecto todos los factores salariales devengados en el último año de servicio comprendido entre el 6 de febrero de 1988 al 6 febrero de 1989.
4. Declarar la actualización e indexación de los valores devengados desde la fecha de retiro del servicio del 6 de febrero de 1989 hasta el cumplimiento de la edad de los 50 años sobre todos factores devengados durante el último año de servicios.
5. Que ordene la reliquidación de la pensión de jubilación, efectiva a partir del 24 de octubre de 1995, sobre la base del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a órdenes del Instituto Distrital de Cultura y Turismo de Bogotá.
6. Reconocer, liquidar y pagar a favor del actor las mesadas atrasadas y adicionales adeudadas hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

7. Reconocer, liquidar y pagar a favor del actor las mesadas atrasadas actualizando su valor desde la fecha de reconocimiento hasta el momento en que sea incluido en nómina.
8. Reconocer, liquidar y pagar a favor del actor el IBL actualizado desde la fecha de retiro, 6 de febrero de 1989 hasta la fecha del status pensional, 24 de octubre de 1995, actualizando dicho valor a la fecha de inclusión en nómina.
9. Condenar a la entidad demandada para que sobre las sumas a que resulte condenado a pagar a favor del actor, efectúe los ajustes de valor conforme al I.P.C., tal como lo prevé el artículo 192 del C.C.A.
10. Condenar a la entidad a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A., reconozca y pague a favor del actor intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo.
11. Condenar en costas a la entidad demandada.

NORMAS VIOLADAS,

Normas Violadas el demandante invocó algunos artículos de la Constitución Política, artículo 153 de 1887, artículo 40 del CPACA la ley 57 de 1987, artículo 138 Ley 1437 de 2011.

Concepto De Violación: Arguye que es beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985, puesto que para la entrada en vigencia de dicha ley contaba con más de 20 años de servicio, siendo beneficiario al cumplir 50 años de edad. Así mismo, señaló que la Ley 33 de 1985 respecto al régimen de transición en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión que no es otro que el promedio de aportes durante el último año de servicios.

Menciono que el régimen de transición es un beneficio que la ley le concede al servidor para efectos pensionales, para que se les aplique las disposiciones legales anteriores, siempre y cuando cumplan con los elementos de edad, tiempo y monto de la pensión, por lo que, si se altera alguno de ellos, resultaría menos favorable o limitaría la cuantía de la pensión.

Finalmente, hace referencia a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. 112-09, en la cual determino que el IBL se obtiene con el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la totalidad de todos los factores salariales que constituyan salario en los términos de la Ley 33 y 62 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado la entidad se opone a las pretensiones de la demanda, desarrollando sus argumentos de defensa en las excepciones propuestas, a lo cual indico que la Corte Constitucional mediante sentencia C-258 de 2013 y el auto A-326 de 2014, fijó una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mencionando que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser el estipulado en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Afirma que los actos administrativos que negaron la reliquidación pensional, se apoyó en el hecho que lo devengado en el último año de servicios deben ser los mismos factores para los cuales apoyo como cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, según la normatividad legal de la ley 62 de 1985, artículo 1 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 y 1068 de 1995.

Así mismo, precisa que el demandante cumplió con el requisito de la edad en vigencia de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, la regulación de la cuantía de la pensión estaba sujeta a la nueva normatividad, ya que no podía pensionarse con arreglo a las disposiciones anteriores. Por tanto, manifiesta que al demandante se le aplicó la Ley 33 de 1985 para efectos de la edad de 55 años y 20 años de servicios, pero en cuanto al monto se liquidó con el 75% promedio sobre los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, a través de jurisprudencia pone de presente la posición de la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contenciosa, la cual no es pacífica frente al tema de la liquidación de la pensión, porque por un lado se ordena la liquidación con el ingreso base de los 10 últimos años y por el otro se ordena la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo cual cita la Sentencia de Unificación 230 del 19 de noviembre de 2015, que ha establecido que el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto son las reglas contenidas en el régimen de la ley 100 de 1993, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenecen.(f. 36-43).

FIJACIÓN DEL LITIGIO

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.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 461** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN

Si bien la controversia aquí ventilada tiene que ver con derechos ciertos e indiscutibles, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado del FONCEP, para que informe al Despacho si el comité de conciliación de dicha Entidad se reunió y si existe fórmula de conciliación en el caso referente.

- Al respecto el apoderado judicial del FONCEP manifestó que a la Entidad: Según ficha 1119 del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica recomendó no conciliar.

En consecuencia, al no existir ánimo conciliatorio se dispone: declarar fallida la oportunidad de conciliar judicialmente el asunto de la referencia.

La presente decisión se adopta mediante Auto interlocutorio No.462 y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA.

No se interponen recursos.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

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

V. 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 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

A. Parte demandante:

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda los cuales son:

- Resolución 0125 de 30 de enero 2004, por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación al accionante (f 10-12).
- Certificados de tiempos de servicio, factores devengados, edad, cotizaciones y pagos de los periodos 1988-1989 (13-16).
- Resolución 000498 de 17 de marzo de 2015 por el cual niega la reliquidación de la pensión de jubilación del actor (17-23).

B. Parte demandada

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la demanda los cuales son:

- Expediente administrativo de la accionante en medio magnético (f 47).

C. Ministerio Público

SE NIEGA la prueba solicitada a folio 48 del expediente, relacionada con certificar los factores salariales y/devengados por el actor en el último año de servicios y respecto de que se allegue los antecedentes administrativos, por obrar a folios 13-16 y 47 de expediente, respectivamente.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No.463 y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (MIN 14:30)

Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, en consecuencia SE PRESCINDE DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS y se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus ALEGATOS CONCLUSIVOS en un término máximo de 10 minutos de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011.

La presente decisión se adopta mediante Auto Interlocutorio No. 464 y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA. SIN RECURSOS

INTERVENCIONES

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda y expone los antecedentes de la demanda y la jurisprudencia al respecto (Minuto 00.15.14)

PARTE DEMANDADA FONCEP: Manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda . (Minuto 00.18.42)

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

I. SENTENCIA No. 57 (MIN 00:21:18)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

CONSIDERACIONES

1.- Tesis del demandante

El apoderado de la parte actora consideró que el señor Rafael Moreno Monroy, por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se le debe reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. 112-09.

2.- Tesis del demandado

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 36 a 43 del plenario allega escrito de contestación de demanda y manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por la parte actora en razón a que la pensión de jubilación de la actora fue reconocida y liquidada conforme las Leyes que regulan su reconocimiento pensional, esto es, la Ley 33 de 1985 para efectos de la edad de 55 años y 20 años de servicios, pero en cuanto al monto se liquidó con el 75% promedio sobre los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al del retiro del servicio, de acuerdo con la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición de dicha disposición normativa.

4. 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.

5. 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 certificaciones obrantes a folios 62-63, expedidas por la Caja Agraria y el Instituto Distrital de Cultura y Turismo, respectivamente¹.

¹ El accionante laboró para la Caja Agraria (09/05/1962-14/06/1976), para la Secretaría de Educación de Bogotá (19/02/1971-30/12/1978) y el Instituto Distrital de Cultura y Turismo (1/01/1979-6/02/1989).

De acuerdo con lo anterior, el señor RAFAEL MORENO MONROY es beneficiario del régimen de transición contemplado en el inciso primero del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985², situación que fue considerada por la entidad demandada en la Resolución No. 0125 de 30 de enero de 2004, lo cual implica que se debe aplicar la edad de la normatividad vigente con anterioridad a la citada Ley, esto es 50 años de edad y tiempo de servicios, según lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 y monto de las leyes 33 y 62 de 1985.

La Ley 6 de 1945 en su literal b del artículo 17 estableció *“b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.*

Ahora bien, es del caso indicar que si bien la Ley 6 de 1945 era aplicable a los empleados del orden nacional, dicho beneficio se extendió a los empleados del orden territorial en el artículo 1º del Decreto 2267 de 1945.

Factores que integran el ingreso base de liquidación.

Tenemos que sobre los factores salariales reconocidos, fueron tenidos en cuenta la asignación básica, la prima de antigüedad y horas extras, según se desprende de la liquidación de la mesada pensional obrante a folio 67 y de la certificación expedida por la Subdirectora e Prestaciones Económicas del Foncep visible a folio 69.

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

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 regian 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 de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regian en el momento de su retiro”.

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 aquella 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.

...

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)

En virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada

3 Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la máxima corporación de lo contencioso administrativo⁴.

El concepto de salario ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, como una garantía mínima de los trabajadores y, el enunciado en el Convenio 095 de la OIT⁵, determina el salario como todo pago habitual con carácter retributivo que constituye un ingreso personal para el trabajador.

Dicho concepto salarial debe ser directamente proporcional con el monto de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social a cargo de los empleadores y trabajadores pues, es un deber cotizar sobre el salario que reciba el trabajador “independientemente de la denominación que se le dé”⁶, 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, conforme con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, principio que con antelación a esta fue desarrollado en 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; lo anterior en concordancia con el artículo 19 del Decreto 3063 de 1989.

El Consejo de Estado⁷ ha señalado la diferencia de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. De esta forma, ha aclarado que “devengar”, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón del trabajo, servicio u otro título; mientras que el salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario, así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida en que pueden devengarse –causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.

En ese orden, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida⁸ de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica.

Caso concreto (00.28.27).

La entidad demandada en la Resolución 0125 del 30 de enero de 2004⁹ reconoció la pensión de jubilación al demandante y admitió que era beneficiario del régimen de transición y por tanto le era aplicable la Ley 6 de 1945 por haber cumplido 20 años de servicios y 50 años de edad, con cargo de la Caja Agraria y el Foncep, y efectiva a partir del 8 de abril de 1999 por haberse declarado la prescripción de las mesadas anteriores, toda vez que el accionante realizó la solicitud de pensión el 09 de abril de 2002.

4 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

5 El cual hace parte del bloque de constitucionalidad al haberse ratificado por Colombia a través de la Ley 52 de 1962, y según lo determinado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-995 de 2009

6 Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil (2010), en esa oportunidad esa corporación dijo: “todos los factores salariales que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios integran el salario base de liquidación de su pensión independientemente de la denominación que se le dé”.

7 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01(1854-09).

8 Expediente: 250002342000201305930 01 Número interno: 0549-2015 ponencia: Sandra Liset Ibarra demandante: Elizabeth Toro Guarín. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).Tema: Reliquidación pensión de jubilación Decreto 546 de 1971.

9 Folio 65-66

Posteriormente, mediante Resolución 0823 de 26 de mayo de 2007¹⁰, se modificó la Resolución 0125 del 30 de enero de 2004, respecto de la cuota de pago que le correspondía a la Caja Agraria y al Foncep.

Conforme la Resolución 0125 de 2004 y la liquidación que sirvió de base para reconocimiento de la pensión¹¹, la pensión del demandante se liquidó con el 75% del promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, para lo cual se tuvieron en cuenta los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, esto es, la asignación básica, prima de antigüedad y horas extras.

Mediante escrito radicado el 5 de noviembre de 2014 (fl.18), el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a la ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985 con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada pensional. La entidad accionada negó lo solicitado mediante Resolución 0498 de 17 de marzo de 2015 (fl.17-23), indicando que la pensión fue reconocida en cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios establecido por el literal c del artículo c de la ley 6 de 1945 por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y liquidada con el 75% del promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho con los factores del Decreto 1158 de 1994.

De acuerdo con lo manifestado en las citadas resoluciones, se observa que se tuvieron en cuenta como factores salariales: salario básico, prima de antigüedad, y horas extras. Del promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional.

Teniendo en cuenta que el último año de servicios de la demandante corresponde al periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1988 al 6 de febrero de 1989 (de acuerdo con la fecha de retiro que se evidencia a folio 61) y conforme con la certificación obrante a folio 14-15 del cuaderno principal, se tiene que en dicho periodo el demandante devengó lo siguiente:

Salario básico (reconocido)
Prima de Antigüedad (reconocido)
Horas Extras (reconocido)
Prima de Semestral
Subsidio de Alimentación
Prima de navidad
Prima de vacaciones
Subsidio Educativo
Quinquenio
Sueldo de Vacaciones

Conforme lo anterior y una vez verificada la Resolución 0125 de 2004, por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación del actor, se evidencia que no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Por tanto, este Despacho procederá a declarar su nulidad y ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

En lo que respecta al **subsidio educativo**, dispone el Despacho que de conformidad con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no será incluido en el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación del actor, en razón a que dicho factor no se cancela de manera habitual como retribución directa del servicio prestado por el actor.

¹⁰ Folio 71-72.
¹¹ Folio 67

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 del actor.

Respecto a la **prima de navidad**¹², 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.

Sobre la **prima semestral o de servicios**¹³, 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**¹⁴, 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:

¹² 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 servicios prestados.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

*“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 1961¹⁵, 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 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”¹⁶.*

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 sí este se considera como elemento salarial, sin embargo se tiene

¹⁵ “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 cesantía.”

¹⁶ 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 Cesantías “FONCEP CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

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)

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 1968¹⁷, cuando la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes, radicaba de manera exclusiva en el Legislador.

En consecuencia, la entidad demandada deberá proceder al reajuste de la pensión de jubilación del demandante tomando como IBL el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, incluyendo además de la asignación básica, prima de antigüedad y horas extras, prima de semestral, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, según el último año de servicios, esto es, del 7 de febrero de 1988 al 6 de febrero de 1989 (fecha en la cual operó su retiro definitivo del servicio en la página 11 del CD visible a folio 47 del cuaderno principal).

Restablecimiento del Derecho (MIN 00.42.50)

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por el accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es 7 de febrero de 1988 al 6 de febrero de 1989, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica, prima de antigüedad y horas extras ya reconocidos, subsidio de alimentación, una doceava parte (1/12) de: prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, 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.

Imprescriptibilidad de los aportes del sistema de seguridad social (MIN 00.43.12)

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 Estado¹⁸, 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

¹⁷ Según la Resolución 01084 DE 2006, el actor ingresó a trabajar al Distrito Capital desde 19 de febrero de 1971.

¹⁸ 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.

lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor¹⁹, 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 constitucional²⁰. Y así también 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 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.”²¹

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 2016²² 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.”²³

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, en razón a los aportes a seguridad social, en razón a los valores sobre los cuales no se había cotizado, 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 ella dependan económicamente.

Prescripción (MIN 00.46.07): De conformidad con la petición de reconocimiento pensional y la solicitud de reliquidación pensional en el caso concreto hay lugar a declarar la prescripción trienal

¹⁹ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

²⁰ 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...

²¹ 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)

²² 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.

²³ 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: 13001-23-31-000-2008-00283-01(0043-13), Actor: Fidias Miguel Álvarez Marín, Demandado: Academia de Historia de Cartagena de Indias y Otro

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 reliquidación de la pensión de jubilación el 5 de noviembre de 2014 (fl.18), y considerando que la fecha de efectividad de la pensión que le fue reconocida al accionante fue a partir del 9 de abril de 1999, operó en el presente caso el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional a partir del día 9 de abril de 2014, pero el pago de las diferencias será **solo las causadas a partir del 5 de noviembre de 2011; operando la prescripción respecto de las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha** y así se ordenará en la parte resolutive 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.

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.

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.

Costas: El Despacho, 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 4° 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....”*.

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 Proceso²⁴, 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 Estado²⁵ 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”>>²⁶”

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

²⁴ 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.

²⁵ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCIÓN CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMÉNEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²⁶ 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.

III. DECISIÓN

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 PROBADA la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada bajo los parámetros descritos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** de la **Resolución 000498 del 17 de marzo de 2015** mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al accionante, 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** al **FONCEP** a reliquidar la pensión de jubilación del señor **RAFAEL MORENO MONROY** identificado con cédula de ciudadanía No. 17.134.529 de Bogotá, en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **7 de febrero de 1988 al 6 de febrero de 1989**, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica, prima de antigüedad y horas extras ya reconocidos, **subsidio de alimentación, una doceava parte (1/12) de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, todos con sus respectivos reajustes y retroactivos**; 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.

La reliquidación 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.

CUARTO.- ORDENAR que una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas. El pago de las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de jubilación de que trata el numeral anterior, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ya liquidado y efectivamente cancelado, procederá a **partir del 5 de noviembre de 2011**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia atendiendo la prescripción probada y declarada sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad.

QUINTO.- DISPONER que 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.

SEXTO. - ORDENAR el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es 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.

SÉPTIMO.- 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.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO: 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 hubiere; 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 SigloXXI.

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

La apoderada de la parte demandante: manifestó que interpone RECURSO DE APELACIÓN que sustentará dentro del término legal.

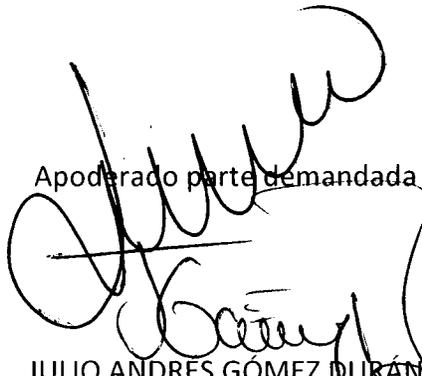
Parte demandada: manifestó que interpone RECURSO DE APELACIÓN que sustentará dentro del término legal.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las diez y siete minutos de la mañana (10:07 am) y se firma por quienes en ella intervinieron.

FIRMAS,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez
Apoderada parte demandante

Apoderado parte demandada


JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN
Secretario

