

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.109

Bogotá D.C., septiembre 30 de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-0321-00

Demandante: RAFAEL HERNANDO NIÑO NIETO

Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL

Tema: devolución de aportes al SGSS- reliquidación pensional

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control referene teniendo en cuenta la siguientes pretensiones de la demanda:

Pretensiones de la demanda

- 1.- Que se declare nulidad de los artículos 2, 3 y 4 de la Resolución 348 de 2014 y, de la resolución 522 que confirma la anterior decisión.
- 2.- Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento, se solicita se declare que los descuentos al SGSS solo es en pensiones a partir de la vigencia del decreto 510 de 2003, que los aportes que se ordenen pagar no deben ser indexados, que se declare la prescripción quinquenal en los términos del artículo 54 de la ley 383 de 1997 del estatuto tributario y con ocasión a lo anterior, que cesen los descuentos ordenados a la pensión del demandante y la devolución de los mayores valores descontados por salud \$1'712400.
- 3.- Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor.
- 4.-Se condene a la entidad demanda a costas.
- 5.-El cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y ss del CPACA

Pretensiones de la demanda de reconvencción

- 1.-La nulidad de la resolución No. 348 de 2014 mediante el cual el fondo pensional de la Universidad Nacional reliquida la pensión del demandante en un 75% de lo devengado en el último año de servicio, en razón a la sentencia SU 230 de 2015
- 2.- Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la pensión del demandante debe realizarse conforme con la ley 33 de 1985 y, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es con el promedio de lo devengado los 10 últimos años de servicio.
- 3.-El pago de las diferencias debidamente ajustadas en los términos de los artículos 192 y ss del CPACA
- 4.- Costas y agencias en derecho a parte demandante por temeridad

Argumentos de la demanda: Los descuentos ordenados en salud son ilegales cómo quiera que los descuentos deben ser solo para pensión. Los descuentos para salud solo son obligatorios a partir de marzo de 2003, no a partir del 1 de junio de 1994 como lo hace la entidad, pues antes del decreto 510 de 2003 solo era obligatorio realizar los aportes a pensión.

Si el empleador es el responsable de realizar las cotizaciones al sistema, que se le exijan al trabajador va en contravía del principio de confianza legítima trasladar las consecuencias de estos yerros, pues

si se ha causado una indexación del valor de los aportes no cancelados en su oportunidad, es por un actuar negligente del patrono y del fondo de pensiones.

Argumentos de la demanda de reconvención: La entidad demandada solicita la nulidad de los actos demandado puesto que la Universidad debió reconocer la pensión del demandante en los términos de la Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Si bien el reconocimiento pensional se efectuó dando aplicación al precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de estado, el cual determinó en su momento que las pensiones como la del demandante se debía aplicar en su integridad la ley 33 de 1985, liquidándola con lo devengado en el último año de servicio en un 75%; el 29 de abril de 2015 con la expedición de la sentencia SU 230, se modifica la jurisprudencia por parte de la H Corte Constitucional, dejando 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 deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe 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 el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Argumentos de la contestación de la demanda

La ley 33 de 1985 y el decreto 1158 de 1994, establecieron el salario mensual para calcular las cotizaciones no siendo jurídicamente viable descontar aportes por factores no contemplados en la ley, esto es, la ley 33 de 1985 y el decreto 1158 de 1990, que establecen en forma taxativa los factores que constituyen salario mensual base para la cotización.

La posibilidad de efectuar dichos descuentos, surge con la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, pero solo se hace exigible al momento de reconocer la pensión en aplicación de dicha jurisprudencia, pues solo a raíz del reconocimiento prestacional se faculta a una entidad efectuar los descuentos sobre aportes no cotizados, razón por la que no opera el termino de prescripción porque la universidad no podía hacerlos exigibles porque la ley no contempla descuentos sobre los mismo.

Referente a la afirmación de que la administración no efectuó los descuentos sobre los nuevos factores incluidos en la liquidación, señala que no es imputable al empleador, pues la misma ley no permitía efectuar descuentos sobre dichos factores.

Para realizar los descuentos de los aportes retroactivos correspondientes a toda la vida laboral, se incluyó tanto los aportes a pensión como a salud ya que la base de cotización debe ser la misma para los aportes según ley 100 de 1993, en los porcentajes de ley que le corresponde al trabajador en atención al principio de solidaridad y de sostenibilidad fiscal, sobre los factores realmente devengados no sobre el promedio del último año.

Para efectos de establecer los descuentos por concepto de solidaridad a partir del 1º de abril de 1994 sobre los factores extralegales que fueron incluidos en la reliquidación de la prestación se aplicó lo señalado por la ley 100 de 1993 en el artículo 27 y la modificación contenida en el artículo 8 de la ley 797 de 2003, en el numeral 1 literal a y b. Resalta que entre el 1º de febrero de 1986 al 31 de marzo de 1994, se realiza únicamente el descuento del 4% ya que conforme con el acuerdo 12 de 1986 durante su vigencia se aplicó el descuento del 1% sobre los factores que no se encontraban enunciados en la ley 33 de 1985

En cuanto a la prescripción de los descuentos, anota que los aportes no tienen prescripción puesto que como lo ha manifestado la Corte Constitucional, el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el artículo 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones. Lo anterior se une a lo establecido

en el artículo 2º de la ley 33 de 1985 que señala que la caja de previsión obligada al pago de pensión de jubilación tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos.

Igualmente los cobros los puede hacer por medio de un proceso coactivo facultado por el artículo 57 de la ley 100 de 1993. Así las cosas, el fondo pensional de la universidad nacional es una empresa que administra los recursos del sistema de pensiones y está facultada por la ley para exigir el pago de tales aportes al pensionado en la proporción que corresponde al tiempo laborado por el servidor público como lo es toda la vida laboral. Los aportes al sistema de seguridad social en pensiones no están sujetos a las reglas generales de prescripción, de manera que el derecho a solicitar el pago de los aportes dejados de cancelar es imprescriptible, contrario sensu, las mesadas por pensiones no reclamadas a tiempo prescriben luego de 3 años, pero los aportes no.

Observa que el artículo 99 del decreto 1848 de 1969 establece sobre las deducciones por aportes que cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no hay pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con la ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión de la demandante debe ser liquidada con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio aplicando una tasa de remplazo del 75% y los factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos del decreto 1158 de 1994.

Solución al problema jurídico: es procedente declarar la nulidad de los actos demandados con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 del régimen de transición de la ley 100 de 1993² permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios y, las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés³, aclara que el Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

Y para ellos, señala como primera subregla que los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es así:

-. Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

² Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión,⁴ actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Y como segunda subregla que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.⁴⁵

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Tomando en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho fundamental a la pensión de los habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado asumir en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta forma, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁶

Caso concreto

Las sentencias de unificación concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del

⁴ Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; en el artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

⁴⁵ La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

⁶ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical⁶ porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.⁶

sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁷ el cual dispone:

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;”

El señor demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 40 años de edad, más de 15 años de servicio y, más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante solicita en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando la sentencia unificada del Consejo de estado del 4 de agosto de 2010, razón por la cual es procedente declarar la nulidad del acto de reconocimiento pensional para efectos de aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de los salarios de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 en un 75%, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho.

En virtud del principio de buena fe no se ordenará la devolución de los mayores valores reconocidos por la universidad con base en la resolución 348 de 2014, como quiera que el acto demandado fue expedido con base en la posición unificada de la Sección segunda del Consejo de Estado, mas no en documentos falsos o maniobras engañosas, que permitan inferir un actuar doloso dirigido a defraudar a la administración.

⁷ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

Se concluye que no se probó la mala fe del demandante, debido a que no se acreditó la existencia de una maniobra fraudulenta o engañosa de su parte, producto de la cual hubiese logrado el reconocimiento pensional objeto de análisis.

Costas . A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, 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"*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar que alguna de las partes haya actuado temerariamente.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de los actos demandados según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda **y ACCEDER** parcialmente la demanda de reconvención de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

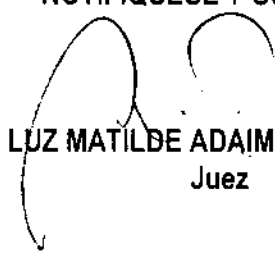
TERCERO.- En consecuencia, ajustar el monto pensional del señor RAFAEL HERNANDO NIÑO NIETO, en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el criterio fijado por la Corte Constitucional y la Sala Plena del Consejo de Estado conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

CUARTO.- negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

QUINTO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia

SEXTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad el contenido de este fallo. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, y archívese el proceso previo registro por el sistema siglo XXI

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez