



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

Sentencia No.106

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-0067-00

Demandante: ANTONIO HERNAN CRUZ

Demandado: MUNICIPIO DE QUETAME

Tema: Reliquidación pensional régimen de transición ley 100 de 1993

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 referente teniendo en cuenta la siguientes pretensiones de la demanda

- 1.- Declarar la nulidad de las resoluciones 79 del 31 de diciembre de 2007
- 2.- A título de restablecimiento del derecho ordenar la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en cuantía del 85%. La actualización de su mesada pensional y el pago de la diferencia debidamente indexada.
- 3.- El cumplimiento de la sentencia que se dicte, dentro de los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.
- 4.- condena en costas a cargo de la parte demandada

Argumentos de la demanda: Arguye que el demandante se encuentra en el régimen de transición de ley 100 de 1993 y cuenta con más de 750 semanas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, por tanto tiene derecho a un monto del 85%, con todos los factores devengados en el último año de servicio, conforme con la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Argumentos de la contestación de la demanda Es improcedente reliquidar la pensión del demandante con base en el todo lo devengado en el último año de servicio aplicando la sentencia SU, 230 del 29 de abril de 2015. El régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 solo se mantendrá respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, mas no respecto del IBL ya que claramente lo establece el artículo mencionado. El IBL se establece de conformidad con las reglas de la ley 100 de 1993, es decir, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años o el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho al pensión si éste fuere menor y no teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en el último año.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad del acto demandado dado que el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación sea liquidada conforme con el régimen anterior a la ley 100 de 1993, esto es, la ley 33 de 12985 teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en un 85%, o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, la pensión del 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 del acto demandado por favorabilidad dado que al liquidar la pensión del demandante en los términos de ley 100 de 1993, le corresponde el 85% del salario promedio devengado en los últimos 10 años de servicio y no el 75% de la Ley 33 de 1985.

Sala Plena Consejo de Estado con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés¹, aclara que el Ingreso Base

¹ 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

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 hiciera falta para ello, o (ii) el 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, 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.²³

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.⁴

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

²³ Esta subregla se sustenta en el artículo 1º 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".

³ 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 sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁴ En este caso no razones jurídicas o fácticas que nos obliguen a apartarnos del precedente vertical⁴ 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 jurídico⁴.

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 sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁵ 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 tampoco se encontraba en el régimen de transición de ley 33 de 1985

El demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), tenía más de 45 años y, más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (22 de julio), razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 331 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, para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio en un 85%

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 ley 100 de 1993 con el 67% del último salario promedio de los 10 años de servicio, no en un 85% como lo ordena el artículo 34 teniendo en cuenta las 1636 semanas cotizadas es procedente declarar la nulidad del acto demandado, dado que su monto pensional corresponde al 85% de \$702.233 y no del 67 % como lo ordena el acto demandado.

Señala el artículo 34 lo siguiente:

ARTICULO. 34.- Modificado por el art. 10, Ley 797 de 2003 **Monto de la pensión de vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del

⁵ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

En consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación al señor Antonio Hernán Cruz aplicando el monto máximo señalado por el legislador 85% en razón a las 1636 semanas de cotización.

Prescripción.- Conforme con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁶, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que el objeto de las pretensiones, se generó a partir del 11 de junio de 2007 y la última reclamación se realizó el 15 de diciembre de 2014 (fl.13 del expediente administrativo), operando el fenómeno prescriptivo para las mesadas anteriores al **15 de diciembre de 2011**.

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.

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

⁶ En lo concerniente a la prescripción en sentencia del quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018), con Ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez. la Subsección A –Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, estableció lo siguiente "Prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto: « [...] Prescripción de los salarios moratorios Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías". Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él, pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación. Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles. Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, si es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal: "Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990".

supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° 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.

Realizada la respectiva reliquidación, el ente demandado deducirá lo que efectivamente ha cancelado y la diferencia que resulte la cancelará al demandante. Dichas sumas se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula: $R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$ En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

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.- ACCEDER a las pretensiones de la demanda de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- ORDENAR al MUNICIPIO DE QUETAME el pago del mayor valor o la diferencia resultante de la nueva liquidación de las mesadas pensionales ya pagadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia a partir del **15 de diciembre de 2011** por prescripción.

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.

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.

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

TERCERO.- En firme esta sentencia, por secretaría comuníquese el contenido de esta sentencia a la parte demandada para su cumplimiento **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanentes de los gastos del proceso si lo hubiere, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI y desde ahora se ordena copia de la sentencia si las partes así lo requieran.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez