



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-35-028-2021-00337-00
Demandante: Gabriel Enrique Mejía Florián
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Controversia: Reliquidación de pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la demandante **Gabriel Enrique Mejía Florián**, identificada con cédula de ciudadanía número 17.182.462 de Bogotá, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

La parte demandante, solicita:

“DECLARACIONES PRINCIPALES

1. SE DECLARE LA NULIDAD PARCIAL, de la Resolución No 018440 del 21 de junio de 2005, a través de lo cual el Instituto de Seguro Social ISS concedió la pensión de jubilación al señor GABRIEL ENRIQUE MEJIA FLORIAN en una cuantía inicial de \$714.626 y dejando en suspenso la inclusión en nómina de la pensión hasta tanto se allegue el acto administrativo de retiro.

2. SE DECLARE LA NULIDAD PARCIAL, de la Resolución No. 36449 del 1º de septiembre de 2006, proferido por el ISS con lo que incluye en nómina la pensión de vejez al accionante en una cuantía inicial de \$ 746.167, con un Ingreso Base de Liquidación de \$994.889, una tasa de reemplazo del 75%, efectivo a partir del 1 de octubre de 2006.

3. SE DECLARE LA NULIDAD, de la Resolución No. GNR 273343 del 31 de julio de 2014, emitido por COIPENSIONES por medio de la cual negó la reliquidación de la pensión de vejez de mi poderdante.

4. SE DECLARE LA NULIDAD, de la Resolución No. SUB 175222 del 29 de junio de 2018, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES donde ordena al señor GABRIEL ENRIQUE MEJIA FLORIAN el reintegro de valores pagados por concepto de unas diferencias de la pensión de vejez del 2 de octubre de 2010 al 30 de abril de 2018 por valor de \$8.534.018.

5. SE DECLARE LA NULIDAD, de la Resolución No. SUB 323568 del 27 de noviembre de 2019, o través de la cual lo accionado de alcance o la Resolución N°

¹ Archivo Digital No. 1

98797 del 13 de abril de 2018 que dio cumplimiento al follo judicial proferido por el Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y reliquido lo pensión de vejez de mi representado, en uno mesada pensional de \$1.256.227.

6. SE DECLARE LA NULIDAD, de lo Resolución No. SUB 54873 del 26 de febrero de 2020, dispuesto por lo decidiendo modificar la Resolución No. SUB 17 5222 del 29 de junio de 2018 en el sentido de ordenar al señor GABRIEL ENRIQUE MEJIA FLORIAN el reintegro de valores correspondientes al pago de lo no debido por lo sumo de \$1.169.191.

7. SE DECLARE LA NULIDAD, de lo Resolución No. SUB 109092 del 18 de mayo de 2020, con lo que COLPENSIONES determino negar lo reliquidación de lo pensión de vejez de mi poderdante.

8. SE DECLARE LA NULIDAD, de lo Resolución No. SUB 120443 del 3 de junio de 2020, mediante lo que lo demandado resuelve confirmar en todos y cado uno de sus partes la Resolución No. SUB 109092 del 18 de mayo de 2020.

9. SE DECLARE LA NULIDAD, de lo Resolución No. DPE 9064 del 30 de junio de 2020, a través de lo cual resuelve el recurso de apelación contra lo resolución No. SUB 109092 del 18 de mayo de 2020. Confirmándolo en todo y cado una de sus partes.

PRETENSIONES PRINCIPALES

1. La RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE VEJEZ, al señor GABRIEL ENRIQUE MEJIA FLORIAN, teniendo en cuenta lo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 del 1994 artículo 20 inciso II, parágrafo 2, artículo 21 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1045 de 1978 art. 45, esto es con lo cotizado durante los últimos 10 años, con el total de los factores salariales percibidos y por lo tanto se liquide la pensión con uno tasa de liquidación del 90%.

2. Reconocer y pagar a la demandante las diferencias de las mesadas pensionales causados y adeudados entre la fecha de causación del derecho y hasta la fecha en que se hogo efectivo su inclusión en nómino de pensionados.

3. El reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por el no pago oportuno de la pensión solicitado. de conformidad con lo tasa máxima permitido, según la certificación expedida por lo Superintendencia Bancario, de conformidad con el Artículo 141 de lo Ley 100 de 1993 y lo Ley 700 de 2001.

4. Al reconocimiento y pago de los anteriores sumas de dinero en forma indexada, de acuerdo con los índices de inflación. según certificación expedida por el departamento Nocional de Estadística.

5. Se declare y condene o lo COLPENSIONES o lo resultante de las facultades ultra y extra petita, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del C.P.T. y de lo S.S.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada COLPENSIONES”

Las pretensiones están fundadas en los siguientes:

2. Hechos²

El apoderado de la parte demandante señala que su representado nació el 6 de septiembre de 1947, realizó cotizaciones al sistema desde el 14 de diciembre de

² Folio 2

1972 al 13 de agosto de 1991, siendo empleado público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, también que cotizó entre el 12 de julio de 1993 al 12 de febrero de 1994 con una empresa denominada “*Artes Gráficas Tecun LTDA*” y prestó sus servicios para el Instituto Nacional de Vías-INVÍAS entre el 13 de febrero de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2006.

Indica que cuenta en total con una cotización al Sistema de Seguridad Social de 1634 semanas y para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 46 años de edad, por lo que considera que es beneficiario del régimen de transición.

Refiere que el Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución No. 36449 del 11 de septiembre de 2006, en la que se le reconoce una mesada pensional por valor de \$746.167, efectiva a partir del 1º de octubre de 2006.

Anota que solicitó la reliquidación pensional invocando para el efecto la Ley 33 de 1985 y dicha petición fue resuelta de manera desfavorable por Colpensiones mediante Resolución No. GNR 273343 del 31 de julio de 2014.

Advierte que ese acto administrativo fue demandado y en cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias del 31 de marzo de 2016 proferida en primera instancia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo de Bogotá y la de segunda instancia del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección “D”, que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 110013335013201400097 00 y 01, Colpensiones expidió la Resolución No. SUB 98797 del 13 de abril de 2018, reliquidando la pensión de la accionante.

Aduce que el accionante solicitó nuevamente la reliquidación como se indicó anteriormente, pero esta vez invocó la aplicación al Decreto 1045 de 1978, en punto de los factores salariales a tener en cuenta y la tasa de reemplazo del 75%.

Sostiene que en respuesta a esa solicitud, Colpensiones expidió la Resolución No. SUB 175222 del 29 de junio de 2018, mediante la cual le ordenó devolver la suma de \$8'534.018 como pago en exceso en el período comprendido entre el 2 de octubre de 2010 al 30 de abril de 2018.

Manifiesta que con Resolución No. SUB 323568 del 27 de noviembre de 2017, Colpensiones da alcance a la Resolución No. SUB 98797 del 13 de abril de 2018, liquidando nuevamente la mesada pensional en la suma de \$1'256.227 y complementando el cumplimiento de los aludidos fallos.

Refiere que posteriormente, con la Resolución No. SUB 54873 del 26 de febrero de 2020, Colpensiones modificó la Resolución No. SUB 175222 del 29 de junio de 2018, para ordenar al demandante pagar únicamente la suma de \$1'169.191 por valores pagados en exceso en el período comprendido entre el 2 de octubre de 2010 al 30 de abril de 2018.

Destaca que el 21 de abril de 2020, solicitó la reliquidación pensional, pero esta vez dando aplicación al Decreto 758 de 1990, tomando en consideración el promedio de los últimos diez años conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En la Resolución No. SUB-109092 del 18 de mayo de 2020, Colpensiones, negó dicha Reliquidación de la pensión y con las Resoluciones SUB-120443 del 3 de junio de 2020 y DPE 9064 del 30 de junio de 2020, mantuvo la decisión adoptada.

3. Normas violadas y concepto de violación³

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales: artículos 2, 6, 13, 25, 53, y 58.

Legales: artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, Decreto 758 de 1990, Acuerdo 049 de 1990 y Decreto 717 de 1978.

Indica el accionante que tiene derecho a que se le aplique el régimen pensional regulado en el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 1158 de 1994, tomando en consideración el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años y tomando una tasa de reemplazo del 90%.

Refiere que las liquidaciones que se han hecho en su caso, no se ajustan a la norma que considera le es aplicable.

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante auto del 26 de mayo de 2022 y se ordenó notificar al extremo pasivo, actuación que fue surtida de manera oportuna.

Se destaca que en esa misma providencia se dispuso el rechazo de la demanda respecto de los siguientes actos administrativos:

“a. Resolución No 018440 del 21 de junio de 2005, o través de la cual el instituto de Seguro Social - ISS concedió lo pensión de jubilación al demandante.

b. Resolución No. GNR 273343 del 31 de julio de 2014, por medio de la cual, se negó la reliquidación de la pensión de vejez.

c. Resolución No. SUB 175222 del 29 de junio de 2018, que ordenó al demandante, el reintegro de valores pagados por concepto de unas diferencias de lo pensión de vejez.

d. Resolución No. SUB 54873 del 26 de febrero de 2020, que decidió modificar lo Resolución No. SUB 175222 del 29 de junio de 2018, en el sentido de ordenar al accionante el reintegro de unas sumas de dinero.”⁴

5. Contestación de la demanda⁵

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el 22 de septiembre de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, procedió a contestar la

³ Archivo Digital No. 1

⁴ Archivo Digital No. 7.

⁵ Archivo Digital No. 11.

demanda, manifestando estar parcialmente de acuerdo con los hechos y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Aduce que debe tenerse en cuenta que el ingreso base de liquidación de la pensión se rige por lo dispuesto en el artículo 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993, siendo la tasa de reemplazo la que se aplica de conformidad con el régimen pensional anterior que se estudia.

Resalta que el demandante, ya demandó una reliquidación pensional y ésta le fue concedida con fundamento en la Ley 33 de 1985, por lo que no es procedente reliquidar nuevamente y en esa medida se afirma que no le asiste derecho.

Con fundamento en lo anterior, la accionada propuso las excepciones de mérito de *“inexistencia del derecho reclamado”, “cobro de lo no debido”* y *“buena fe”*.

De otro lado, formuló la excepción de *“prescripción”*, que pide que se declare si se encuentra probada.

6. Alegatos de conclusión⁶

Por medio de auto del 10 de noviembre de 2022, se determinó que no existían excepciones previas por resolver y que como quiera que en este caso las pruebas aportadas lo eran documentales, se dio aplicación al artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, por lo que se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se corrió traslado común a las partes para que presentaran sus alegaciones finales.

6.1. Parte demandante

La parte demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda y precisa que debió haberse tomado en consideración que cuenta con el tiempo de servicios a que se refiere el Decreto 758 de 1990, por lo que le es aplicable una tasa de reemplazo del 90% al promedio obtenido de todos los factores salariales devengados sobre el últimos diez (10) años, respecto a los cuales asegura que cotizó.

Sugiere además que en su caso debió darse aplicación al principio de favorabilidad comprendido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Destacó que es aplicable dicho Decreto, indistintamente se acrediten tiempos públicos y privados como así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral en las sentencias SL-1947 de 2020 y SL-1981 de 2020.

Por lo tanto, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. Parte demandada

La parte demandada, reitera los argumentos de la contestación de la demanda, especialmente lo pertinente a que dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, por lo que

⁶ Folios 94 y 95

considera que no le asiste razón a la parte demandante para que se acuda a otra normatividad para reliquidar su pensión.

Dentro de la oportunidad legal el Ministerio Público, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Análisis previo

1.2. De la cosa juzgada en materia de reliquidación pensional

La Cosa Juzgada, es una figura jurídica que impide que se vuelva a proferir una decisión de mérito en un asunto que ya fue sometido a conocimiento de la jurisdicción independientemente la conformidad que tengan las partes con la decisión que adoptada.

Para el caso de esta jurisdicción, la figura procesal en comento está regulada en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, que indica que la sentencia que declare nulidad de un acto administrativo o tiene efecto de cosa juzgada erga omnes y las que niegue la nulidad, el efecto de la cosa Juzgada lo será únicamente respecto de los cargos de ilegalidad propuestos.

De otra parte, los elementos que contribuyen a identificar la Cosa Juzgada se encuentran definidos en el artículo 303 del Código General del Proceso, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”⁷

De acuerdo con la norma citada, para que prospere una defensa como la propuesta debe acreditarse que existe identidad jurídica en cuanto a las partes, a la causa petendi y al objeto del proceso.

Según la jurisprudencia del H. Consejo de estado, se configura la cosa juzgada cuando concurren los siguientes presupuestos:

“(…) a).- Identidad de partes, *es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.*

⁷ Ley 1564 de 2012 artículo 303.

b).- Identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

c).- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente (...)”⁸.” (Negrilla fuera de texto).

Aclarado lo anterior, para el caso de la Cosa Juzgada en materia de reliquidación pensional ha precisado el Consejo de Estado que este fenómeno debe relativizarse porque se trata de prestaciones periódicas y sólo producen efectos vinculantes respecto de las mesadas objeto de la decisión. Al respecto se ha indicado:

“Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, esta Corporación ha precisado que «el principio de cosa juzgada puede relativizarse en los casos donde se pretenda el reconocimiento y pago de un derecho que afecte una prestación periódica como lo son las pensiones, como quiera que las decisiones contrarias a las reclamaciones de los asociados, tan solo producen efectos vinculantes respecto de las mesadas que ya fueron objeto de la decisión, mas no frente a las demás que se causen con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia»⁹.

El referido criterio había sido acogido anteriormente por esta Corporación, al considerar que la naturaleza de las pensiones modifica el fundamento fáctico de los litigios, porque la prestación se sigue causando en el tiempo y con posterioridad a las sentencias en que se emita algún pronunciamiento frente al contenido y alcance del beneficio pensional. En tal sentido, precisó¹⁰:

No obstante, advierte la Sala que por tratarse el asunto en estudio del derecho pensional, el cual por su naturaleza es considerado como una prestación periódica, bien puede la demandante solicitar que se le reliquide su mesada pensional cuantas veces quiera, ante la administración y la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de los recursos correspondientes.

Así las cosas, se determina que a pesar de que la sentencia de 7 de septiembre de 2006 haya hecho tránsito a cosa juzgada, en el proceso de la referencia existe un nuevo hecho, en tanto se han causado mesadas pensionales con posterioridad a la firmeza de la misma, las cuales pueden ser reliquidadas, como ya se dijo, en

⁸ Ibidem.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, providencia de 7 de diciembre de 2017, expedientes: 11001 03 25 000 2014 00403 00 (1287-2014), 11001 03 25 000 2014 000652 00 (2040-2014), 11001 03 25 000 2014 00690 00 (2137-2014), 11001 03 25 000 2014 00695 00 (2142-2014), 11001 03 25 000 2014 00705 00 (2182-2014), 11001 03 25 000 2014 00725 00 (2259-2014), 11001 03 25 000 2014 00734 00 (2279-2014), 11001 03 25 000 2014 00790 00 (2470-2014), 11001 03 25 000 2014 00799 00 (2485-2014), 11001 03 25 000 2014 00895 00 (2745-2014), 11001 03 25 000 2014 01369 00 (4537-2014), 11001 03 25 000 2014 01426 00 (4649-2014), convocado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, asunto: solicitud de extensión de la jurisprudencia. Cabe precisar que frente a esta posición el consejero William Hernández Gómez salvó voto en 8 de las providencias enunciadas en lo referente a la configuración de la cosa juzgada. Sobre el particular advirtió que aunque es procedente solicitar a la administración la reliquidación de la mesada pensional en diferentes oportunidades ante el advenimiento de hechos nuevos, en las providencias enunciadas « no se abordó la discusión de fondo que subyace en la presente solicitud de extensión de jurisprudencia, la cual está relacionada con la determinación de si la sentencia invocada de 1.º de agosto de 2013, constituye un hecho nuevo con la capacidad de desvirtuar la cosa juzgada en los 8 casos, ya relacionados, en los cuales se accedió a la extensión, o no».

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, auto de 13 de mayo de 2015, expediente: 25000 23 42 000 2012 01645 01 (0932-2014), actor: María Graciela Copete Copete, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

razón de la naturaleza del derecho pensional.

Aunado a lo anterior, esta Corporación ha entendido que los pensionados deben considerarse como personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la aplicación de las normas constitucionales y legales debe ir encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales de estos. Por tal razón, es pertinente concluir que en asuntos como el presente no puede hablarse de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada material en estricto sentido, sino que, por el contrario, esta debe relativizarse en procura del cumplimiento de los principios constitucionales.”¹¹

Entonces es claro, que la identidad de hechos no se va a presentar en cada proceso, en la medida que a partir de la ejecutoria de cada decisión judicial se causaran más mesadas que pueden verse afectadas con una nueva decisión.

Precisado los actos que son objeto de este medio de control, se torna relevante destacar que la pensión del demandante ya fue reliquidada en cumplimiento de las sentencias del 31 de marzo de 2016 proferida en primera instancia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo de Bogotá y la de segunda instancia del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección “D”, que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 110013335013201400097 00 y 01; decisiones judiciales que afectan parcialmente esta decisión y en las que se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 2 de octubre de 2010, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

TERCERO.- DECLARAR la existencia del actoficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de la Administradora Colombiana de Pensiones en relación con la petición formulada por el señor Gabriel Enrique Mejía Florián de fecha 2 de octubre de 2013.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de la Administradora Colombiana de Pensiones en relación con la petición formulada por el señor Gabriel Enrique Mejía Florián de fecha 02 de octubre de 2013,

QUINTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor GABRIEL ENRIQUE MEIA FLORIAN identificado con la cedula de ciudadanía No 17.182,462 de Bogotá, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores de salario devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 1 de octubre de 2005 y el 30 de septiembre de 2006, sobre los factores equivalentes a: la asignación básica mensual, prima de alimentación, (1/12) bonificación por servicios, (1/12) ajuste de alimentación, a partir del 1 de octubre de 2006, pero con efectos fiscales desde el 2 de octubre de 2010, por prescripción de las mesadas anteriores.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 3 de diciembre de 2020 con ponencia del Consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, exp. No. 25000-23-42-000-2016-00778-01 (1103-18). Las cuatro citas precedentes corresponden al texto jurisprudencial citado.

SEXTO: LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES pagara al demandante la diferencia resultante entre la liquidación ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la pensión de jubilación del demandante desde el día 2 de octubre de 2010 fecha en la cual cumplió el estatus pensional, previo el DESCUENTO por concepto de aportes dejados de realizar y que corresponden a los factores cuya inclusión se ordena, siempre que no hayan sido objeto de descuento y en proporción a la parte que corresponde al demandante.

SEPTIMO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo al inciso final del artículo 1.87 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Sin condena en costas... ”¹²

Y la de segunda instancia, resolvió:

“1, CONFIRMARSE PARCIALMENTE la sentencia proferida por El Juzgado Doce (12) Administrativo de Descongestión hoy Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el 31 de marzo de 2016, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso instaurado por GABRIEL ENRIQUE MEJIA FLORIAN, contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, salvo el ordinal CUARTO, que se modifica y queda así:

“CUARTO; DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo de la Administradora Colombiana de Pensiones en relación con la petición formulada por el señor Gabriel Enrique Mejía Florián de fecha 2 de octubre de 2013.

Así como la nulidad parcial de la Resolución 036449 del 11 de septiembre de 2006, proferida por el extinto instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, por medio de la cual se ingresó en nómina. al señor Gabriel Enrique Mejía Florián y se reliquido la mesada pensional por retiro definitivo del servicio”.

2. CONDENASE en costas en segunda instancia a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES _ COLPENSIONES. Líquidense por la secretaria del Juzgado de origen, e inclúyanse el valor de las agencias en derecho que se fijaron en la parte considerativa. ”¹³

En el citado proceso, se pretendió la reliquidación pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985 y se accedió a esas suplicas como ha quedado ilustrado, resultando relevante para este proceso, que la decisión que aquí se adopte afecta únicamente las mesadas posteriores al **5 de julio de 2017**, calenda que corresponde a la fecha de ejecutoria de los prenombrados fallos y que cobija la pensión hasta esa fecha con la **cosa juzgada relativa**. En consecuencia, el análisis del presente caso se realizará sobre aquellas mesadas causadas con posterioridad a la fecha señalada.

¹² Archivo Digital No. 1, Páginas 81 a 83 y expediente administrativo que se encuentra en la contestación de la demanda en el archivo digital No. 8.

¹³ Ibidem.

2.2 Sobre los actos administrativos demandados

En el presente caso el demandante pretende la nulidad de varios actos administrativos, de los cuales al momento de admitirse la demanda se excluyeron del presente juicio cuatro (4) decisiones de la administración, en las que la parte demandante no acreditó el agotamiento del procedimiento administrativo como así lo prevén los artículos 76 y 161 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011.

Así entonces, quedaron vinculados a este juicio los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 036449 del 11 de septiembre de 2006 *“por medio de la cual se ingresa a nómina una pensión en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”*, expedida por el extinto Instituto de Seguros Sociales.
- Resolución No. SUB-98797 del 13 de abril de 2018, *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA)”*, expedida por Colpensiones.
- Resolución No. SUB-323568 del 27 de noviembre de 2019 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA EN UNA PENSIÓN DE VEJEZ EN CUMPLIMIENTO A FALLO JUDICIAL”*, expedida por Colpensiones.
- Resolución No. SUB-109092 del 18 de mayo de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)”*, expedida por Colpensiones.
- Resolución No. SUB-120443 del 3 de junio de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)”*, expedida por Colpensiones.
- Resolución No. DPE-9064 del 30 de junio de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-APELACIÓN)”*, expedida por Colpensiones. Esto debe ir entonces en el acápite que habla de los actos demandados

El Despacho debe señalar que si bien no se hizo reparo alguno al momento de la admisión de la demanda en lo atinente a las Resoluciones No. SUB-98797 del 13 de abril de 2018¹⁴ y la No. SUB-323568 del 27 de noviembre de 2019, no puede desconocerse que se trata de actos administrativos de ejecución, pues dieron cumplimiento a las citadas sentencias y en tal medida, no resultan susceptibles de este medio de control en virtud de lo dispuesto en los artículos 43, 75 y 169 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011. El Consejo de Estado ha relativizado esa prohibición señalando sobre dichos actos lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 43 del CPACA «son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación», por lo cual el acto administrativo definitivo produce efectos jurídicos al crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas, mientras que los

¹⁴ Archivo Digital No. 1 páginas 50 a 61.

actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado.

Sin embargo, como lo establecido la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a estudiar la legalidad de los actos de ejecución, en forma excepcional, cuando la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez o crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial.¹⁵ ¹⁶

De las consideraciones en cita se colige, que existen casos en los cuales es procedente analizar la legalidad de un acto administrativo de ejecución y esos eventos están relacionados propiamente con la forma en la que da cumplimiento la entidad demandada a las órdenes de una sentencia, es decir, la parte demandante tiene la carga argumentativa y probatoria, con el propósito de demostrar que el acto administrativo de ejecución demandado desconoció la decisión judicial que dice acatar porque fue más allá de lo ordenado o adoptó una disposición que difiere sustancialmente de la condena respectiva.

Para el caso *sub examine*, debe tenerse en cuenta que la parte demandante no adujo ni probó que las Resoluciones No. SUB-98797 del 13 de abril de 2018¹⁷ y la No. SUB-323568 del 27 de noviembre de 2019¹⁸, sean decisiones que excedieron lo ordenado por esta jurisdicción, por el contrario, en la demanda se formuló un único cargo de nulidad contra todas las decisiones de la administración relacionadas en precedencia, consistente en el desconocimiento para el caso concreto, del régimen pensional regulado en el Decreto 758 de 1990. En consecuencia, no queda otro camino que declarar de oficio la ineptitud de la demanda de los mencionados actos por no ser enjuiciables ante esta jurisdicción.

En consecuencia, el análisis de nulidad se realizará sobre las demás resoluciones que fueron objeto de admisión de la demanda, excluyendo las antes mencionadas.

3. Problema jurídico

Atendiendo lo determinado en precedencia y de conformidad con lo que aparece demostrado en el proceso, el objeto consiste establecer si procede o no declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 036449 del 11 de septiembre de 2006 *“por medio de la cual se ingresa a nómina una pensión en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”*, expedida por el extinto Instituto de Seguros Sociales.
- Resolución No. SUB-109092 del 18 de mayo de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE*

¹⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente 1654-14. Consejero ponente: William Hernández Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 29 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del proceso 25000-23-42-000-2013-00360-02(0849-14). **La cita precedente proviene del texto jurisprudencial citado.**

¹⁷ Archivo Digital No. 1 páginas 50 a 61.

¹⁸ Ibidem páginas 81 a 89.

PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)”, expedida por Colpensiones.

- Resolución No. SUB-120443 del 3 de junio de 2020 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)*”, expedida por Colpensiones.
- Resolución No. DPE-9064 del 30 de junio de 2020 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-APELACIÓN)*”, expedida por Colpensiones.

Así mismo, se debe determinar si como consecuencia de la anterior declaración, la parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 del 1994 artículo 20 inciso II, parágrafo 2, artículo 21 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1045 de 1978 art. 45. esto es, con lo cotizado durante los últimos 10 años, con el total de los factores salariales percibidos y con una tasa de liquidación del 90%,

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. Régimen de empleados públicos de conformidad con la Ley 33 de 1985. Régimen pensional de los empleados públicos del orden nacional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, estableció los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por parte de los empleados y obreros nacionales¹⁹ cuando cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicio.

La Ley 4ª de 1966, por la cual, se reajusta la pensión de jubilación y se dictan otras disposiciones, incorporó en su artículo 4º el monto pensional del 75%, modificando lo pertinente al literal b. del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera:

“(…) Artículo 4º.- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios (…).”

Luego, el Decreto 3135 de 1968, por medio del cual “se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, en su artículo 27, determinó que quien con 20 años de servicio continuos o discontinuos, a la edad de 50 años en el caso de las mujeres y 55 para hombres, tendría derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación calculada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

¹⁹ No obstante, la normativa también fue aplicada para los empleados de los niveles departamental y municipal (docentes nacionales y territoriales). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 17 de abril de 2008, C.P. JAIME MORENO GARCÍA.

Así mismo el Decreto reglamentario 1848 de 1969, en su artículo 73 determinó la cuantía en que debía ser reconocida la pensión de jubilación, de sus beneficiarios, indicando lo siguiente:

“(…) Artículo 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie [...percibidos...] en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin (…)” (Negrilla y Subraya fuera del texto. Expresión en corchetes declarada nula).

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto 1045 de 7 julio de 1978²⁰, “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”, el cual, en su artículo 45 precisó el ingreso base de liquidación que integraría el monto pensional fijado por el anterior decreto, en los siguientes términos:

“Artículo 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.”*

El régimen pensional contemplado en el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, así como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 fue reformado por la Ley 33 de 1985²¹, que en su artículo 1° señaló como requisitos para acceder a la pensión, 20 años de servicios y 55 años de edad, caso en el cual, la prestación se calcula con el **75%** del “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

²⁰ Este Decreto en su artículo 5° contempló expresamente lo siguiente “Las disposiciones del Decreto-Ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores oficiales. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos y garantías”.

²¹ Ley 33 de 1985. Diario Oficial No. 36.856, 13 de febrero de 1985. “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”. Derogó en forma expresa los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita el literal b) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945.

A la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, **el 13 de febrero de 1985**, los empleados públicos que tuvieran más de 15 años de servicios, le son aplicables las normas del régimen anterior a dicha disposición, que fijaron los requisitos pensionales, monto e ingreso base de liquidación.

4.2. Régimen pensional regulado en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado en el Decreto 758 de 1990.

En el sector privado y desde sus inicios, el Instituto de Seguros Sociales, contaba con una reglamentación específica en materia pensional, que hacía referencia al número de semanas cotizadas a esa Caja de Previsión Social y particularmente, indicó en el Acuerdo 049 de 1990, acogido por el Decreto 758 de 1990, que ese régimen aplicaba de manera forzosa a empleados nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos privados, por compatibilidad a pensionados que sean afiliados a ese Instituto y sería facultativo, para entre otros servidores estatales siempre y cuando las entidades respectivas se encontraran registradas en el ISS, como patronos. Frente a la aplicación de ese régimen pensional el Art. 1º del Decreto 758 de 1990, señalaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;
- b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,
- c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

- a) Los trabajadores independientes;
- b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
- c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.”²²

Frente a la aplicación de ese régimen a servidores públicos, se advierte que recae en servidores de entidades oficiales cuyos patronos se encontraran afiliados al 17 de julio de 1977, lo que tiene asidero en la existencia de sendos regímenes pensionales especiales para servidores públicos, anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y por supuesto a la operación de otras Cajas de Previsión Social, distintas al Instituto de los Seguros Sociales, como es el caso de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, entidad a la cual por regla general cotizaban este tipo de trabajadores.

Respecto a la aplicación de ese régimen, excepcionalmente a personas que sirvieron al Sector Público la Corte Constitucional en la sentencia SU-769 de 2014, concluyó lo siguiente:

²² Decreto 758 de 1990, citado de la página web “normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0758_1990.htm”.

“9. Conclusiones.

9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional.”²³

En la sentencia se destaca la posibilidad de aplicar el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, que hace referencia a la cotización de 1000 semanas en cualquier tiempo o de 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas para pensión y si bien, se admite la aplicación de ese régimen a servidores públicos, en principio es para aquellos que acrediten tiempos privados y públicos, a lo que se añade que la interpretación de esa norma tiene por objeto garantizarle a las personas la satisfacción del derecho a la seguridad social en materia pensional, por lo que se rechaza la tesis manejada por el Instituto de Seguros Sociales y ahora Colpensiones, de que la cotización debió ser **exclusiva** en tal Instituto, porque dicha exclusividad no la prevé la norma en comento a lo que se añade que tal interpretación restringe la aplicación del régimen de transición.

Por su parte, la Corte Constitucional de manera reciente profirió la sentencia SU-273 de 2022, en la que estudió dos decisiones judiciales proferidas al interior de un proceso judicial que cursó en esta jurisdicción y a través del cual se pretendía el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen regulado en el prenombrado Decreto, en la que reiteró que no es posible imponer la exigencia de exclusividad en la cotización en este tipo de casos. Al respecto indicó lo siguiente:

²³ Corte Constitucional Sentencia SU-769 de 2014, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

“25. En conclusión, en la actualidad existe un precedente unificado, pacífico, uniforme y reiterado que rechaza la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. Eso para peticionarios beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por las siguientes razones: (i) porque no existe disposición constitucional, legal o reglamentaria que contenga o sustente tal exigencia; se trata en realidad de una regla sin un sustento adicional al criterio de COLPENSIONES o de algunos jueces que han omitido tener en cuenta el precedente vinculante explicado en los fundamentos jurídicos anteriores; (ii) es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993.

(...)

1. En conclusión, desde el año 2009 la Corte Constitucional consolidó un precedente, fundado en una línea jurisprudencial pacífica, clara y reiterada –que materializa al principio de favorabilidad– la cual admite la acumulación de tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión públicos y privados, con semanas aportadas al ISS (hoy COLPENSIONES). Esto, en virtud de que: (i) el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no exige para su aplicación que los aportes se hayan hecho exclusivamente al ISS; y (ii) el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 circunscribe el régimen de transición a los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, no al cómputo de semanas. Para este último factor, es aplicable el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Sala Plena también ha precisado que, si bien sólo desde la Ley 100 de 1993 se hizo explícita la posibilidad de acumular semanas y tiempos de servicio, independientemente del fondo al que se había hecho el aporte, eso no es óbice para que los ciudadanos puedan acumular tiempos bajo regímenes pensionales previos, como el Acuerdo 049 de 1990. Es por esta razón que el requisito de cotizaciones exclusivas al ISS vulnera los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso. **También desconoce el principio de legalidad pues impone un presupuesto adicional que no está explícitamente previsto en las normas. Es, simultáneamente, contrario al principio de favorabilidad, en virtud del cual el operador administrativo o judicial debe elegir el régimen más beneficioso para el afiliado e interpretar las disposiciones que regulan la obtención de la pensión de la manera más beneficiosa para quien la solicita. La Sala destaca que, desde hace un tiempo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia comparte esta interpretación con la Corte Constitucional.**²⁴ (Negrillas y subrayas del Despacho).

Como se extrae de la jurisprudencia citada, no es procedente exigir la exclusividad en la cotización para el beneficio y reitera la Corte que al momento de reconocerse una pensión con aplicación del régimen de transición, es necesario que se estudie si el petente tiene derecho a uno o varios de los regímenes y se de aplicación a la más favorable.

4.3. Régimen de prima media con prestación definida contemplado en la Ley 100 de 1993.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-273 de 2022 con ponencia del Dr. Hernán Correa Cardozo.

Sea lo primero señalar que mediante la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones en Colombia, el cual sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios **adquiridos y establecidos** conforme normativas anteriores, para las personas cuyo derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, pero que estaban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a dicho reconocimiento, ahora, para aquellos quienes no se encontraban en esta circunstancia, se reguló la pensión de jubilación o vejez, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Quando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

(...)

ARTICULO. 33.- Modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

Ver artículo 7 Ley 71 de 1988.

PARAGRAFO. 1º- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley;

d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, y

e) Derógase el párrafo del artículo séptimo (7º) de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo

actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.

Ver art. 7, Decreto Nacional 510 de 2003.

PARAGRAFO. 2°-Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

PARAGRAFO. 3°- Reglamentado por el Decreto Nacional 2245 de 2012. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

PARAGRAFO. 4°-A partir del primero (1°) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

La expresión "madre" que hace parte del inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-989 de 2006, en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él.

PARAGRAFO. 5°- En el año 2013 la asociación nacional de actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.

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 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."

Así, la Ley 100 de 1993, estableció en principio que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado debe haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, dichos requisitos fueron modificados incrementando la edad a partir del 1° de enero de 2014, a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres; a su vez, se incrementó el tiempo de cotización en 50 semanas para el año 2005 y a partir del año 2006, en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Por su parte, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, contempló el Ingreso Base de Cotización para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, así:

ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

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 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;*

De conformidad con la norma expuesta, se tiene que únicamente los factores salariales enunciados constituyen base de cotización para efectuar aportes al Sistema General de Pensiones, estatuido por la Ley 100 de 1993.

4.4. Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado frente a la reliquidación pensional.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conforme con las competencias consagradas en el numeral 3 del artículo 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procedió a dictar sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado con el consecutivo 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del Consejero **Cesar Palomino Cortes**, en la que tuvo por objeto estudiar: *"Si el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aplica al régimen de transición"*.

Conforme con lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó las siguientes reglas y subreglas jurisprudenciales, que deben tenerse en cuenta para resolver los asuntos en los que se discuta la liquidación de las pensiones de jubilación amparadas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Regla jurisprudencial

"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".

Subreglas

“(..) La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de 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 10 años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 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. (...)*

Respecto de los factores salariales que deben ser contemplados en una reliquidación pensional para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado unificó la tesis indicando que: *“3. 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.”*

Entonces, para el Consejo de Estado sólo aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado cotizaciones, pero esa precisión del Consejo de Estado, ha venido desarrollándose en la misma Corporación con decisiones más recientes, al punto de precisarse que sólo aplican los factores salariales a que hace referencia el Decreto 1158 de 1994, así:

29. Ahora bien, frente al cargo presentado por la UGPP entidad demandada, se tiene que de acuerdo a lo decantado por la jurisprudencia de esta Corporación, y más recientemente de conformidad con la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el IBL que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación del monto pensional es el previsto en el artículo 21 o inciso 3º del artículo 36 de la mencionada norma, para aquellas personas beneficiarias de él 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.

*30. Como se puede observar, el actor al ser beneficiario de la transición de la Ley 100 de 1993 y por prestar sus servicios en el sector oficial, debió pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo del 75% de la Ley 33 de 1985, pero liquidada en la forma antes mencionada.
(...)*

De acuerdo con lo anterior, para las personas beneficiarias del Régimen de transición, y que por virtud de éste, se les aplique la Ley 33 de 1985, los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional, son únicamente los enunciados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuáles se haya efectuado cotizaciones.

Sobre este último aspecto, es necesario advertir que la omisión del deber de cotizar en los términos del aludido Decreto, en materia de reliquidación pensional no es oponible al pensionado, pues de conformidad con los artículos 22 a 24 de la Ley 100 de 1993, la obligación de efectuar los aportes recae en el empleador, quien soportará las sanciones por mora si no los realiza y es la entidad pensional, la que

tiene a su cargo el deber de ejercer las acciones de recobro respectivas de manera oportuna.

Así lo precisó el Consejo de Estado-Sección Segunda en reciente sentencia de unificación sobre el régimen pensional de los servidores del DAS, régimen que si bien no es aplicable al presente caso, ese pronunciamiento es relevante porque se refiere al alcance del principio de sostenibilidad financiera a que alude el artículo 48 de la Constitución de 1991 y a los factores que deben tomarse en consideración al momento de una reliquidación pensional. Al respecto, consideró lo siguiente:

“119. Todo lo expuesto lleva a concluir que, los servidores del DAS, para quienes se previó que la prima de riesgo haría parte del ingreso base de cotización, no deben verse afectados en su derecho pensional, por el hecho de que no acrediten los descuentos sobre este factor con incidencia pensional. Ciertamente, era responsabilidad de su empleador efectuar las deducciones y traslados correspondientes por este concepto, obligación que debía ser verificada por el ente de previsión social, conforme las competencias legal y reglamentariamente asignadas. Así las cosas, el incumplimiento de estos últimos no debe ser asumido por el trabajador que aspira a consolidar su derecho pensional, en la plenitud de las condiciones que concede la ley.

120. Frente a esta interpretación es importante precisar que no se considera que con ella se desconozca el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto señala «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», si se parte de que dichas cotizaciones han debido efectuarse según las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia y las consecuencias de su incumplimiento están igualmente reguladas por la ley.

121. En esas condiciones, entender que la omisión de las autoridades públicas ya sea como empleadores o como administradoras de pensiones es causa suficiente para disminuir el derecho a la pensión, como componente de la garantía de seguridad social, sería tanto como admitir la validez de una actuación que vulnera el ordenamiento jurídico y que, a su vez, conlleva la afectación de los fines esenciales del Estado, especialmente los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el artículo 2 de la Constitución; del mismo artículo 48 superior, que garantiza los derechos adquiridos con arreglo a la ley y del artículo 53, que tiene dentro de los principios mínimos fundamentales en materia laboral: la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y la garantía a la seguridad social.

122. En consecuencia, los errores, omisiones o inexactitudes en la consignación de los aportes no son un aspecto que pueda modificar las condiciones en las cuales la ley concede el derecho pensional, cuando el afiliado ha acreditado los requisitos para acceder a la prestación.

3. Reglas de unificación

(...)

iii) Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al

*interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia.*²⁵

De las consideraciones citadas se colige, que el IBL está conformado por todos los factores salariales que debieron ser objeto de cotización según el Decreto 1158 de 1994 y los del régimen especial señalaba como en el caso estudiado por la Alta Corporación, la prima de riesgo.

4.5. Principio de favorabilidad en materia pensional

De conformidad con el artículo 53 de la Constitución de 1991, el principio de favorabilidad cobra relevancia en situaciones en las que se encuentra en duda la aplicación dos o más fuentes formales del derecho, para casos en materia laboral o de seguridad social. Para la aplicación de este principio el Consejo de Estado, ha indicado que deben verificarse previamente los siguientes requisitos:

“88. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.

- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.

- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.

- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

89. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador.”²⁶

Como se desprende de la cita precedente, es necesario que las fuentes del derecho que se contrastan se encuentren vigentes, siendo de beneficio una norma frente a otra en el caso que se estudie o que de una norma se desprendan varias interpretaciones, llevando al Juzgador a escoger la que más le convenga a quien promueve una pretensión pensional.

El principio de favorabilidad ha potencializado la aplicación de otras figuras del derecho y otros principios, ha dado lugar a discusiones que se desarrollan con el fin de proteger sujetos de especial relevancia constitucional, como es el caso de personas en estado de discapacidad o familias que reclaman la sustitución pensional por muerte del pensionado o el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y se encuentran en estado de debilidad manifiesta por la pérdida de la persona que era la fuente económica del hogar respectivo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al analizar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*, precisó:

²⁵ Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia de unificación del 28 de julio de 2022 radicada bajo el No. SUJ-028-CE-S2-2022 dentro del expediente No. 25000-23-42-000-2013-02380-01 (2656-2014).

²⁶ Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia de unificación de pensión de sobrevivientes de Suboficiales muertos en simple actividad del 1º de marzo de 2018, radicación No. 68001-23-33-000-2015-00965-01 (3760-16), sentencia CE-SUJ-SII-009-2018, SUJ-009-52.

“4º) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.

El primero se presenta en caso de duda sobre **la aplicación** de normas **vigentes** de trabajo.

Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la **aplicación** de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo,, como un cuerpo o conjunto normativo.

A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente **a una misma norma laboral** surgen **varias interpretaciones** sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.

Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.”²⁷

Como se desprende de las consideraciones en cita, sin perjuicio de la diferenciación aludida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es claro que en materia laboral siempre se debe perseguir la aplicación de condiciones más favorables o de beneficio, para quien acude a la jurisdicción.

5. Caso Concreto

Para resolver el fondo del asunto se advierte que el señor Gabriel Enrique Mejía Florián nació el **6 de septiembre de 1947**²⁸. Prestó sus servicios para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público entre el **14 de diciembre de 1972 y el 13 de agosto de 1991**, luego laboró para una sociedad privada denominada “Artes Gráficas TECUN Ltda” entre el **12 de julio de 1993 y el 12 de febrero de 1994** y finalmente se vinculó al Instituto Nacional de Vías INVIAS, el **13 de febrero de 1994** y se retiró el **30 de septiembre de 2006** y todo este tiempo fue estimado por Colpensiones en una densidad de 11440 días equivalente a 1634 semanas²⁹.

²⁷ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral-Sentencia del 15 de febrero de 2011, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, exp. 40.662.

²⁸ Archivo Digital No. 1 Página 43.

²⁹ Ibidem.

Precisado lo anterior, para efectos de determinar si el accionante es beneficiario o no del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que ello ya fue establecido desde un principio por el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, lo mismo que por las autoridades judiciales antes mencionadas por lo que a la fecha no cabe duda que en este caso dicho régimen es aplicable.

Sin embargo, para las precisiones que siguen conviene reiterar que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del orden nacional de acuerdo con el Decreto 691 de 1994, contaba con 46 años de edad y con poco más de veinte años de servicios y cotizaciones efectuadas, por lo que en efecto le es aplicable el régimen de transición.

Lo anterior implica que en aplicación de dicho régimen y en virtud del principio de favorabilidad, la administradora del fondo de pensiones, antes el Instituto de los Seguros Sociales y hoy Colpensiones, debió evaluar qué regímenes pensionales beneficiaban la situación del demandante.

Para el efecto debió tenerse en cuenta, que, al momento de cumplir los cincuenta y cinco años de edad, (6 de septiembre de 2002), reunía más de veinte años de cotización en el sector público y por lo mismo era beneficiario de la Ley 33 de 1985, como lo establecieron las autoridades judiciales antes anotadas.

No obstante, el accionante también es beneficiario del régimen pensional enmarcado en el Acuerdo 049 de 1990 y regulado en el Decreto 758 de 1990, en razón a que acreditó la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, incluso antes de vigencia de la Ley 100 de 1993, con los dos últimos empleadores que se mencionaron anteriormente y si bien es cierto, la entidad demandada como el extinto instituto manejaron la tesis que para la aplicación del régimen allí comprendido implicaba cotización exclusiva, se encuentra a la fecha superada dicha tesis y se tiene claro que debe acreditarse simplemente la densidad de semanas cotizadas y la edad para acceder a la pensión en los términos indicados en la referida norma.

Es indudable en este caso que el accionante cumple tales requisitos, pues cumplió 60 años el **6 de septiembre de 2007** y acredita **1634 semanas cotizadas**, más del tope máximo señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, que es de 1250 semanas, por lo que tendría derecho a que se le aplicara una tasa de reemplazo del 90% sobre el promedio de todo lo devengado en los últimos diez (10) años tomando en consideración únicamente los factores regulados en el Decreto 1158 de 1994, como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación arriba citada, sin que sea procedente dar aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo reclama la parte demandante.

Con base en lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994; y en atención a lo probado en el expediente, se tiene que en los últimos diez (10) años laborados por el demandante, es decir, entre el 1 de octubre de 1996 y el 30 de septiembre de 2006, devengó la **asignación básica mensual, prima de alimentos, prima técnica, remuneración o bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de**

vacaciones, como se desprende de la certificación de Salarios emitida por el Invías y que obra en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada³⁰.

De la Resolución No. SUB-98797 del 13 de abril de 2018, se observa que la entidad demandada tuvo en cuenta para cumplir los prenombrados fallos, los factores mencionados exceptuando lo pertinente a la prima de vacaciones y se obtuvo una mesada para el año 2006 de \$681.708 incluso inferior a la reconocida inicialmente que fue de \$746.167.

Lo anterior significa, que accediendo a esta nueva reliquidación la mesada podría ser mayor atendiendo que la tasa de reemplazo es del 90%, existiendo una diferencia en torno al requisito de edad entre el régimen aplicado (Ley 33 de 1985) y el reclamado (Decreto 758 de 1990), pues la primera norma cincuenta y cinco (55) años, mientras que la segunda exige tener 60 años.

En este caso está demostrado que el accionante cumplió los 55 años el 6 de septiembre de 2002, solicitó el reconocimiento pensional en el año 2005 y se retiró del servicio el 30 de septiembre de 2006, fecha para cual contaba con 59 años, luego a la luz del régimen aplicado que fue la Ley 33 de 1985, cumplía el requisito de la edad para el reconocimiento, lo cual no ocurría en tal momento con el Decreto 758 de 1990, pues el status con base en esa norma solo lo cumplió hasta el **6 de septiembre de 2007, fecha en la que llegó a los 60 años.**

Luego en atención a que a la fecha es claro que el requisito de edad está cumplido, acogiendo la solicitud de la parte demandante y tomando en consideración que en efecto le aplica el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, se accederá a la reliquidación pensional de conformidad con este régimen especial. Para el efecto, el Despacho observa que de la certificación de devengados allegada se desprende, que el demandante en los últimos diez (10) años de servicio percibió **asignación básica, prima técnica y la bonificación por servicios**, emolumentos que, cabe señalar, ya fueron tenidos en cuenta por Colpensiones en la última reliquidación.

Así entonces, si se tiene en cuenta que con la aplicación del Decreto 758 de 1990 y en atención a las semanas cotizadas demostradas en el expediente, el actor tiene derecho a que su tasa de reemplazo sea del 90%, es posible inferir que la reliquidación que se concede podría ser superior a la que actualmente devenga el actor, sin embargo, al momento de dar cumplimiento a esta providencia, Colpensiones debe determinar si el nuevo monto resulta más favorable y **en el caso hipotético de obtener una mesada reliquidada inferior, deberá mantener la que actualmente percibe el demandante sin que en ningún caso sea válido que se disminuya el monto pensional.**

5.1. Indexación de la primera mesada

Con base en el cambio de régimen pensional y atendiendo a que el demandante se retiró del servicio el 30 de septiembre de 2006, el Despacho concluye que la desvinculación de produjo antes del cumplimiento del requisito de 60 años de edad exigidos por el Decreto 758 de 1990. En consecuencia, el cálculo de la primera

³⁰ Archivo Digital No. 8, verificar carpeta comprimida denominada "CC-17182462" archivo pdf denominado "GEN CSA-3B-2018_6830752_800215807_20180615122215".

mesada debe indexarse al 6 de septiembre de 2007, fecha en la que cumplió la edad antes mencionada.

Conviene precisar, que el cambio de régimen implica una nueva liquidación de la mesada pensional y en ese sentido la entidad demandada debe aplicar el principio de favorabilidad, es decir, estableciendo como definitiva la nueva mesada al demandante siempre y cuando le sea más favorable a sus intereses y en el evento de que resulten saldos a favor en la condena que aquí se impone deberá descontar los dineros que haya pagado de más con ocasión al cambio de status pensional.

4. Prescripción

Como quiera que las decisiones que se adoptan en esta sentencia, parten de una fecha cierta que es el 6 de julio de 2017, día siguiente a la ejecutoria de las sentencias que ordenaron la anterior reliquidación pensional, dicha fecha se tiene en cuenta para establecer el término de prescripción contemplado en el artículo 151 del Código Procesal Laboral, según el cual, con la presentación de la solicitud se interrumpe este fenómeno extintivo por una sola vez.

Entonces se tiene que la parte demandante presentó la solicitud de la nueva reliquidación dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha anotada, es decir, conforme se registra en los anexos de la demanda, el 21 de abril de 2020³¹. Esa petición como se expuso en precedencia fue negada mediante Resolución SUB-109092 del 18 de mayo de 2020, y la decisión fue confirmada mediante Resoluciones SUB-120443 del 3 de junio de 2020 y DPE-9064 del 30 de junio de 2020, todas expedidas por Colpensiones.

Lo expuesto que significa entonces, que la prescripción respecto de las mesadas que son exigibles por esta vía no se ha configurado y en esa medida deben cancelarse la diferencias a que tenga derecho la parte demandante a partir del 6 de julio de 2017 y en tal medida, no prospera este argumento de la defensa.

5. Conclusión

Como quiera que se encuentra demostrado que al negar la nueva reliquidación solicitada por el demandante Colpensiones (i) desconoció el principio de favorabilidad en materia pensional, (ii) no dio aplicación al Decreto 758 de 1990 mediante el cual se acogió el Acuerdo 049 de 1990, (iii) desconoció los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sobre la aplicación del régimen pensional reclamado e (iv) invocó indebidamente el fenómeno de la cosa juzgada en materia pensional; por lo que es del caso acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la nulidad de los actos administrativos objeto de análisis.

En lo referente a la Resolución No. 036449 del 11 de septiembre de 2006 *“por medio de la cual se ingresa a nómina una pensión en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”*, expedida por el extinto Instituto de Seguros Sociales, se precisa que la declaratoria de nulidad de este acto administrativo recae

³¹ Archivo Digital No. 1 Página 106.

en la fecha de efectividad pensional que como se dijo es el 6 de septiembre de 2007, fecha en la que el accionante cumplió los 60 años de edad, pero con efectos fiscales a partir del 6 de julio de 2017, como se precisó en precedencia.

En cuanto a los demás actos administrativos la nulidad alude a toda la actuación administrativa en la que se negó la aplicación del régimen pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, la entidad demandada deberá reliquidar la mesada pensional del demandante tomando para el efecto el promedio de todo lo devengado en los últimos diez (10) años, período que comprende el 1º de octubre de 1996 y el 30 de septiembre de 2006, tomando para el efecto los factores salariales de asignación mensual básica, prima técnica y bonificación por servicios y aplicando para el efecto una tasa de reemplazo del 90% con fundamento en el Decreto 758 de 1990 y el artículo 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Debe tenerse en cuenta que la primera mesada debe actualizarse, tomando en consideración que el retiro ocurrió el 30 de septiembre de 2006 y la fecha de estatus pensional lo es el 6 de septiembre de 2007, no obstante, los efectos fiscales de esta decisión afectan las diferencias de mesadas pensionales causadas desde el **6 de julio de 2017**, conforme con lo expuesto en precedencia.

Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante durante cada mesada pensional que no se liquidó de acuerdo al régimen aquí reconocido, 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 vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

Sobre los descuentos que deba realizar la entidad, esta deberá tomar en consideración que si a razón de la nueva liquidación pensional resultaren saldos a favor del demandante de dicha suma deberán descontarse los pagos realizados en exceso con ocasión del cambio de status pensional que aquí se ordena.

6. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impone condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO: **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito de *“inexistencia del derecho reclamado”, “prescripción”, “cobro de lo no debido” y “buena fe”*.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA DE OFICIO** la excepción de ineptitud de la demanda en lo referente a las las Resoluciones SUB-98797 del 13 de abril de 2018³² y SUB-323568 del 27 de noviembre de 2019, por tratarse de actos de ejecución, como se explicó en la parte considerativa.

TERCERO: **DECLARAR LA NULIDAD** de los siguientes actos administrativos, conforme con lo expuesto en precedencia:

- a) Resolución No. 036449 del 11 de septiembre de 2006 *“por medio de la cual se ingresa a nómina una pensión en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”*, expedida por el extinto Instituto de Seguros Sociales.
- b) Resolución No. SUB-109092 del 18 de mayo de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)”*, expedida por Colpensiones.
- c) Resolución No. SUB-120443 del 3 de junio de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-ORDINARIA)”*, expedida por Colpensiones.
- d) Resolución No. DPE-9064 del 30 de junio de 2020 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ-APELACIÓN)”*, expedida por Colpensiones.

CUARTO: **Condenar** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. a lo siguiente:

- a) **RELIQUIDAR** la mesada pensional del señor **Gabriel Enrique Mejía Florián**, identificada con cédula de ciudadanía número

³² Archivo Digital No. 1 páginas 50 a 61.

17.182.462 de Bogotá, dando aplicación al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, para lo cual se tendrá en cuenta el promedio de lo devengado los últimos diez (10) años de servicios, esto es el período comprendido entre el 1° de octubre de 1996 y el 30 de septiembre de 2006, incluyendo los factores de asignación básica mensual, prima técnica y bonificación por servicios y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 90%.

Igualmente se tendrá como fecha de efectividad pensional el 6 de septiembre de 2007 y fecha de efectividad fiscal de esta condena el **6 de julio de 2017**.

- b) **INDEXAR** la primera mesada atendiendo que la fecha de retiro del servicio ocurrió el 30 de septiembre de 2006 y el estatus pensional se causó el 6 de septiembre de 2007.
- c) **RECONOCER Y PAGAR** a favor de la demandante, las diferencias que resulten a su favor respecto de la reliquidación ordenada.
- d) Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante durante cada mesada pensional que no se liquidó de acuerdo al régimen aquí reconocido, 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 vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

- e) **La reliquidación pensional solo deberá ser aplicada en el evento que el nuevo monto sea más favorable que el que actualmente percibe el demandante.**
- f) En el evento que resulten sumas a favor del demandante, Colpensiones deberá efectuar los descuentos por los mayores valores pagados con ocasión al cambio de status pensional que comporta la nueva reliquidación.

QUINTO: **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código

de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- SEXTO:** **Negar** las demás pretensiones de la demanda.
- SÉPTIMO:** No condenar en costas a la entidad demandada de acuerdo con las consideraciones de la presente sentencia.
- OCTAVO:** En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.
- NOVENO:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **46e9169bf4c31fbd5e2b7cbe0b994d88f3f121c4b9485ccf261f68b162273aa7**

Documento generado en 24/02/2023 11:41:58 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>