



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00301-00
Demandante: BLANCA NELLY FORERO CAMPOS
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de
primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Blanca Nelly Forero Campos en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora Blanca Nelly Forero Campos, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 8047 del 12 de enero de 2016, mediante la cual la entidad demandada negó a la parte actora su solicitud de reliquidación de la pensión de vejez que devenga.

2. Se declare la nulidad de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto, confirmando la decisión anterior.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez a la actora en los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, *“ordenando calcular el salario mensual base de la liquidación de la pensión, que surge de tomar la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó mi poderdante en las últimas cien (100) semanas, multiplicada por el factor 4.33, por el porcentaje que resulta del número de semanas cotizadas que se demuestren dentro del proceso, incluyendo los factores de salario, primas de servicios, vacaciones y de navidad.”*

Cancelar la diferencia que resulte del valor de las mesadas pensionales reliquidadas y la suma cancelada, la cual deberá ser indexada de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo hasta que se efectúe el pago en cumplimiento a la sentencia judicial.

Condenar en costas a la entidad demandada de conformidad al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Cumplir la sentencia que ponga fin al proceso en los términos de los artículos 189, 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 43 a 54):

La demandante radicó escrito en ejercicio del derecho de petición el 30 de junio de 2006, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al Instituto del Seguro Social.

Mediante la Resolución No. 029887 del 27 de julio de 2006, el Instituto del Seguro Social reconoció pensión de vejez a la señora Forero Campos efectiva a partir del 30 de noviembre de 2004, en cuantía de \$980.936,00.

La demandante tenía más de 35 años de edad al 1º de abril de 1994, pues nació el 18 de julio de 1949, motivo que permite advertir que se encontraba bajo el régimen de

transición, por lo cual la pensión se debe reconocer de conformidad al artículo 20 numeral II del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La entidad demandada en la Resolución de reconocimiento pensional precisó que la actora se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante, liquidó la prestación conforme a las previsiones del régimen general.

La actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 9 de noviembre de 2015, mediante el cual solicitó la reliquidación de la pensión de conformidad al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La Administradora expidió la Resolución No. GNR 8047 del 12 de enero de 2016, a través de la cual, la entidad demandada negó la anterior solicitud.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, en el sentido de confirmar en todas sus partes la decisión anterior.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1, 2, 4, 11, 12, 16, 25, 39, 46, 48, 53, 55 y 56 de la Constitución Política; el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que el derecho a percibir la pensión, se da por el cumplimiento de unos requisitos, la cual debe ser proporcional a los ingresos salariales con base en los cuales cotizaba al sistema de pensiones.

Adujo que el legislador con el fin de respetar las mismas condiciones de existencia digna que disfrutaban siendo trabajadores se expidieron normas que establecieron diferentes regímenes pensionales, entre ellos, el previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Afirmó que la entidad demandada con el acto administrativo de reconocimiento vulneró los derechos de la demandante, teniendo en cuenta que inaplicó el principio de favorabilidad consagrado en normas constitucionales y laborales, al desconocer el

régimen contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Indicó que a la señora Blanca Nelly Forero Campos la ampara el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consideración a que para su entrada en vigencia contaba con más de 40 años de edad y efectuó cotizaciones al sistema pensional por más de 15 años.

Por lo anterior, manifestó que la actora tiene derecho a que se calcule el salario base de la liquidación de la pensión con base en la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la actora en las últimas 100 semanas, multiplicado por el factor 4.33, por el porcentaje que resulta del número de semanas cotizadas que determinó la entidad demandada.

Como fundamento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 102 a 118).

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que la pensión de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990. No obstante, el ingreso base de liquidación se regulará como regla general de conformidad a la Ley 100 de 1993.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; e (iv) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión de la actora con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005;

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 1º de septiembre de 2017 (Fis. 163 y 164), se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes por el término de 10 días a fin de que presentaran sus

alegatos de conclusión, lapso en el cual el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos obrante a folios 169 y 170, indicando en síntesis que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, en consideración a que la actora cumplió el estatus pensional el 30 de noviembre de 2004, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la actora guardó silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 24 de marzo de 2017 (Fls. 137 a 141), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- Si le asiste derecho o no a la parte actora de que su pensión de vejez sea reliquidada por la entidad demandada en los términos establecidos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, con la inclusión de los factores salariales devengados por la actora en las últimas 100 semanas.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 029887 del 27 de julio de 2006, mediante la cual el Instituto del Seguro Social reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la actora a partir del 30 de noviembre de 2004 (Fls. 3 y 4).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 9 de noviembre de 2015, mediante el cual la actora solicitó la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990 (Fls. 5 a 15).

2.3. Resolución No. 8047 del 12 de enero de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones negó la anterior petición, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 16 a 19).

2.4. Recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión el 1º de febrero de 2016 (Fls. 20 a 32).

2.5. Copia simple de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 33 a 37).

2.6. Copia simple del reporte de semanas cotizadas por la señora Forero ante la Administradora Colombiana de Pensiones (Fls. 38 a 39 y 123 a 126).

2.7. Certificación de factores salariales devengados por la señora Herrera en los años 2002, 2003 y 2004 (Fls. 40, 148, 149, 156 y 157).

2.8. Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje en la que se indica el tiempo laborado por la actora en la entidad (Fls. 86 y 88).

2.9. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Nelly Forero Campos (Fl. 37 vuelto).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores

salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)". (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

- Régimen pensional aplicable a los afiliados al Instituto del Seguro Social

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen pensional se encontraba consagrado en el Decreto 758 de 1990, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 "*por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*", que en su artículo 1º dispuso:

"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.*

(...)".

De lo anterior se colige, que el régimen de transición de los afiliados al seguro de invalidez; vejez y muerte en forma forzosa se aplica al grupo de personas conformado por 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.

Por su parte, el artículo 12 de la citada normativa consagró los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

A su vez, la referida norma dispuso en su artículo 20 la integración de la pensión de vejez en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

II. PENSION DE VEJEZ

- a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*
- b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.*

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

(...). (Negritas fuera del texto original)

Igualmente, dispuso en su artículo 23 que *“Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez integradas de conformidad con el artículo 20 del presente Reglamento, no podrán superar el 90% del salario mensual de base, ni ser inferiores al salario mínimo legal mensual, ni ser superiores a quince veces este mismo salario mínimo legal mensual”.*

- **De los factores salariales**

El Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

*“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente **sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.***

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.” (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

“(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

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

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**.² (Negritas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

Posteriormente, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, al considerar que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas,

² *Ibidem*.

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, amén de que la Corte Constitucional no pretendió extender los efectos de las referidas sentencias a cada uno de los regímenes especiales pensionales aplicables a los ex servidores del sector público, que aún se encuentran vigentes por el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

(...)

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

*"Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y **monta** es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*

*"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "**monto**" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número*

abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).
(...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Ahora bien, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo que el hecho de tener en cuenta para el reconocimiento o reajuste pensional los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, cuando ellos resulten ser más significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *“produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

*“(…)
Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.*

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo,

deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. **[Negrilla y subrayado fuera del original]**

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia **C-168 de 1995**, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró **“que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013”**.
(...)”.

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.
(...)

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera íntegra y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en los términos de la norma que corresponda.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo

Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

(...)

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a las situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuanto no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)"

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los

argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Finalmente, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud *“del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”*.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, señaló lo siguiente:

*“(…)
Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».*

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(…) ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y

culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política(...).

*Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.
(...)"*

Por otra parte, la Corte Constitucional expidió el Comunicado No. 27 del 10 y 11 de mayo de 2017, en el cual se indicó que la Sala Plena de dicha Corporación declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, en el mismo comunicado se manifestó que contra el auto que declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, se presentaron salvamento de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia referida son distintas a las sentencias C-258 de 2013, SU 230 del 2015 y SU 405 del 2016, motivo por el cual no se puede manifestar que esta desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a unos miembros de la Controlaría General de Republica, motivo por el cual el Despacho continúa acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Blanca Nelly Forero Campos, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de la Resolución No. GNR 8047 del 12 de enero de 2016 y de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de la actora en los términos dispuestos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión anterior, respectivamente.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual la señora Blanca Nelly Forero Campos tenía 44 años de edad, pues nació el 18 de julio de 1949, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 37 vuelto del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 –régimen pensional de los afiliados al Instituto del Seguro Social, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó el Instituto del Seguro Social hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, en Resolución No. 029887 del 27 de julio de 2006, mediante la cual le reconoció a la señora Forero pensión de vejez (Fls. 3-4).

En ese sentido, se evidencia que la entidad demandada le reconoció la pensión vejez, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, sin embargo, el ingreso base de liquidación se efectuó teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado en los últimos 10 años de servicio de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, hecho que da a concluir que el régimen de transición del que es beneficiaria no fue aplicado en su integridad (Fl. 16-18).

Así las cosas, de conformidad a los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, lo procedente es reconocer la prestación de la actora en cuantía del 90% del salario mensual de base, el cual *“se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las*

últimas cien (100) semanas.”, siendo el factor 4.33 el que resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Bajo las anteriores consideraciones, a continuación se establecerán los factores que integran el salario, siendo estos los devengados en las últimas 100 semanas anteriores al retiro definitivo del servicio, partiendo de la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, según la cual, los factores salariales devengados por el titular del derecho, corresponden a los conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Así las cosas, de conformidad a las certificaciones expedidas por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA (Fls. 40), la señora Blanca Nelly Forero Campos en las últimas 100 semanas laboradas, esto es, últimos dos años de prestación de servicios -periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2002 y el 29 de noviembre de 2004, percibió: asignación mensual, subsidio de alimentación, sueldo por vacaciones, bonificación, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

Respecto de los anteriores factores, se hace necesario citar el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, que refiere a la bonificación especial por recreación, según el cual:

“ARTÍCULO 15. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.” (Negrilla del Despacho).

Del precedente normativo se colige que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para ningún efecto legal, razón por la cual, no hay lugar a tal reconocimiento.

De otra parte, el emolumento denominado sueldo por vacaciones no constituye factor salarial, toda vez que las vacaciones *“no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales (...) la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación (...)”*⁴, en tal sentido, el Despacho no accederá a su inclusión.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad de la Resolución No. GNR 8047 del 12 de enero de 2016 y de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, a través de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, negó a la actora la reliquidación de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión anterior, respectivamente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora Blanca Nelly Forero Campos, en cuantía básica del 90% del salario mensual de base, el cual se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la demandante en las últimas cien (100) semanas, siendo el factor 4.33 el que resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses, tal como lo dispone el parágrafo primero del Decreto 758 de 1990.

Téngase en cuenta, para efectos de liquidar la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la demandante en las últimas cien (100) semanas, esto es, últimos dos años de prestación de servicios -periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2002 y el 29 de noviembre de 2004, los siguientes factores salariales: asignación mensual, subsidio de alimentación, y las veinticuatroavas de la bonificación, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el reajuste de la pensión de la señora Blanca Nelly Forero Campos se ordenó teniendo en cuenta que los ingresos percibidos

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

en los dos últimos años de servicios no han sido aumentados de manera significativa, pues los mismos corresponden a la realidad y los ha devengado de manera habitual y periódica, respetando además los principios consagrados en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso para el trabajador la interpretación, según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales percibidos durante los dos últimos años de servicios y no con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

Aunado a lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en los asuntos laborales es de especial relevancia lo consagrado en el artículo 53 ibídem.

En ese sentido y bajo los presupuestos que anteceden, es menester señalar que el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio pro homine, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se pueden generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

Por consiguiente, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto, estaría en contra de los principios de favorabilidad, indubio pro operario y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Adicionalmente, se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que dé lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se

incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reliquidación de la pensión de conformidad al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 el 9 de noviembre de 2015, de lo que se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 9 de noviembre de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de vejez, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción⁵, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

*Por lo tanto, para la Sala es claro que **una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.***(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas.(...)

(...)” (Negrillas fuera de texto)

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁶ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada

⁵ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: “El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado.”

⁶ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

“(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.***

Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.

(...). (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas

pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 8047 del 12 de enero de 2016 y de la Resolución No. VPB 11750 del 9 de marzo de 2016, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 9 de noviembre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar la pensión mensual vitalicia de vejez de la señora Blanca Nelly Forero Campos, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.458.609 de Bogotá D.C., en cuantía básica del 90% del salario mensual de base, el cual se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la demandante en las últimas cien (100) semanas, siendo el factor 4.33 el que resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses, tal como lo dispone el parágrafo primero del Decreto 758 de 1990.

Téngase en cuenta, para efectos de liquidar la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la demandante en las últimas cien (100) semanas, esto es, últimos dos años de prestación de servicios -periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2002 y el 29 de noviembre de 2004, los siguientes factores salariales: asignación mensual, subsidio de alimentación, y las **veinticuatroavas** de la bonificación, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, a partir del 9 de noviembre de 2012, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de vejez, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

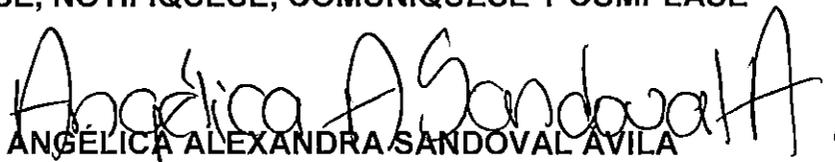
QUINTO.- Sin lugar a condena en costas.

SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 25 de octubre de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>75</u>.</p> <p> _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: **11001-33-42-052-2016-00690-00**

Demandante: **JULIA GARZÓN RUIZ**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Reliquidación pensional**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Julia Garzón Ruiz en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora Julia Garzón Ruiz, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 y VPB 19726 del 28 de abril de 2016, mediante las cuales la entidad demandada ordenó reliquidar la pensión de la actora, resolvió un recurso de reposición y de apelación respectivamente.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a partir del 15 de septiembre de 2007, a saber: sueldo básico, festivos, recargos nocturnos, prima de antigüedad, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de antigüedad vacaciones, prima semestral, prima de navidad y prima de navidad extralegal.

Condenar a la entidad demandada al pago de la indexación de la primera mesada con todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios, teniendo en cuenta que la accionante fue retirada del servicio el 16 de febrero de 1996 y que cumplió la edad para pensión el 15 de septiembre de 2007.

Reconocer el retroactivo de las mesadas pensionales a partir del 15 de septiembre de 2007, con los respectivos reajustes y beneficios establecidos en la Ley en relación al mayor valor.

Indexar la condena con base en los índices de precios al consumidor en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la fórmula de manera separada mes por mes para cada mesada pensional desde la fecha en que se causó el derecho.

Cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Condenar en costas a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 45 vltto y 46):

La actora laboró al servicio del Hospital Nuestra Señora del Carmen de El Colegio desde el 1º de febrero de 1972 al 1º de septiembre de 1976 y en la Caja de Previsión Social Distrital desde el 18 de junio de 1979 hasta el 27 de junio de 1979 y del 12 de julio de 1979 hasta el 15 de febrero de 1996.

Mediante la Resolución No. 036009 del 13 de agosto de 2008, el Instituto del Seguro Social reconoció pensión de jubilación a la actora, por encontrarse cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante COLPENSIONES el 3 de marzo de 2015 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A través de la Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, se resolvió la anterior petición en la cual se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la actora.

El 4 de diciembre de 2015, el sujeto activo interpuso recurso reposición en subsidio de apelación contra el anterior acto administrativo, los cuales fueron desatados negativamente a través de las Resoluciones Nos. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 y VPB 19726 del 28 de abril de 2016 respectivamente.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas vulneradas citó el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 83, 150 y 230 de la Constitución Política; Acto Legislativo 01 de 2005, artículos 1° y 3 de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de La Ley 62 de 1985, artículo 7° de la Ley 1° de 1963, artículo 4° de la Ley 4° de 1966, artículo 2° ley 5° de 1969, artículo 5° del Decreto 1743 de 1966, Convenio 95 de la OIT, artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, artículo 129 del Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 36 y 150 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1133 de 1994, Decreto 1808 de 1994 y artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 y Decreto 1158 de 1994

Afirmó que la actora al ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, razón por la cual, la pensión se le debe liquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Para el efecto cito jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 68 a 84).

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición, razón por la cual, no se accedió a la petición de reliquidación de la prestación.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) *"GENÉRICA O INOMINADA"*; con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión de la actora con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

4. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 31 de agosto del año en curso (Fls.106 a 112), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 20 y 10 segundos hasta el minuto 39 y 40 segundos) y la parte accionada (del minuto 45 y 38 segundos hasta el minuto 58 y 10 segundos), de la grabación visible a folio 113 del expediente.

El Ministerio Público, rindió concepto (del minuto 45 y 38 segundos hasta el minuto 58 y 10 segundos) de la referida grabación.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 31 de agosto de 2017 (Fls. 106 a 112), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?
- ¿Le asiste el derecho a la accionante a que se indexe la primera mesada pensional?

2. ACERVO PROBATORIO

1.Resolución No. 036009 del 13 de agosto de 2008, a través de la cual el Instituto del Seguro Social reconoció una pensión de vejez a la parte actora (Fls. 18 a 20).

2. Escrito en ejercicio del derecho de petición del 3 de marzo de 2015, mediante el cual la demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fls. 15-17).

3. Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, mediante la cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de la actora (Fls. 22-26).
4. Escrito del 4 de diciembre de 2015 a través del cual la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del anterior acto administrativo (Fls. 37 a 44).
5. Resolución No. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016, mediante el cual el sujeto pasivo resolvió un recurso de reposición confirmando la anterior decisión, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 28 a 31).
6. Resolución No. VPB 19726 del 28 de abril de 2016, por la cual la entidad accionada resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra la Resolución No. 318246 del 16 de octubre de 2015 (Fls. 32 a 36).
7. Certificación de información laboral de la actora expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda (Fl. 6).
8. Certificación de salario base expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda (Fl.7).
9. Certificación de salario mes a mes expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda (Fls.8 a 10).
10. Certificación de los factores salariales devengados por la actora en el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1995 al 15 de febrero de 1995 (Fl. 11).
11. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Julia Garzón Ruiz (Fl. 4).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores

salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

*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 de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.
(...)"* (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

*"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)**".
(Negrillas fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha

Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto)."

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

"Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)"

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y

favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, **a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.**

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”¹
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

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

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).”²* (Negrillas fuera de texto).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

² *Ibidem*.

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

A su vez, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

“(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado.”

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.”

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo esta integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

“Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y monta es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

*“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).
(...)*

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

*“(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, **apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.***

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo

recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...)"

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

- ¿Si le asiste derecho a la demandante a que le sea indexada el valor de la primera mesada pensional? luc“(...)

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵.

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario⁶, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).”

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”⁷

⁴ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que “en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.”

⁵ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

⁷ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), “si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.”

(...)"

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser más significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *"produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación"*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

"(...)

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".
[Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia

utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU -230 de 2015 aclaró **“que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013”.**

(...)”.

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

“(…)”

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad

y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral. (...)

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera integral y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y

la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

(...)

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de “monto” e “ingreso base de liquidación” como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-

615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

A continuación, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud *“del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”*.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, señaló lo siguiente:

“(…)

Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(…)ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política^(…).

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

(…)”

Finalmente, la Corte Constitucional mediante auto 229 del 10 de mayo de 2017, declaró la nulidad de la sentencia T-615 de 2016 por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, contra el auto referido, se presentaron salvamentos de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016 son distintos a los presentados en las sentencias T-078 DE 2014, C-168 de 1995 y C-258 de 2013, motivo por el cual no se puede manifestar que está desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es el dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias y unificar el precedente ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a unos miembros de la Controlaría General de Republica, motivo por el cual el Despacho continua acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

CASO CONCRETO

Entra el Despacho a resolver los interrogantes formulados en la fijación del litigio, para lo cual determinara en primer lugar si hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación de la accionante con base en el régimen de transición según los términos de la Ley 33 de 1985 y en segundo lugar señalar si la accionante derecho a que sea indexada su primera mesada pensional.

- RELIQUIDACION PENSIONAL

En el asunto de la referencia la señora Julia Garzón Ruiz, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, (ii) Resolución No. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 y (iii) Resolución No. VPB 19726 del 28 de abril de 2016 mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1995, para los empleados del orden territorial, fecha para la cual la señora Julia Garzón Ruiz tenía 42 años de edad, pues nació el 15 de septiembre de 1952, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 4 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó el ISS en la Resolución No. 036009 del 13 de agosto de 2008, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación a la actora (Fls. 18 a 20).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de jubilación de la actora aplicó la Ley 33 de 1985, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, con el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años de servicio, hecho

que da a concluir que el régimen de transición no fue aplicado en su integridad (fl.22).

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 (Fls. 28 a 30) la señora Julia Garzón Ruiz laboró al servicio de la Caja de Previsión Social de Bogotá desde el 18 de junio de 1979 al 1° de marzo de 1996, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 y el 15 de febrero de 1996, lo anterior, teniendo en cuenta que hubo una interrupción de 14 días en la prestación personal del servicio en el último mes de la parte actora conforme se observa del certificado obrante a folio 6 del plenario.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 y el 15 de febrero de 1996, relacionados en la certificación expedido por la Secretaria Distrital de Hacienda de Bogotá D.C., según la cual, la actora percibió: sueldo básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de antigüedad vacaciones, recargo nocturno, festivos, prima semestral, prima de navidad y prima navidad extralegal.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 (Fls. 28 a 30), la entidad demandada al liquidar la pensión de jubilación de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: sueldo básico, prima de antigüedad, recargo nocturno y festivos quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, alimentación y transporte.**

En consideración a los conceptos no reconocidos por la entidad en la liquidación pensional de la actora, se hace necesario señalar que los denominados "*prima de antigüedad vacaciones y prima de navidad extralegal*" no constituyen factor salarial, toda vez que atendiendo la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, sólo las primas de navidad y de vacaciones a pesar de ser prestaciones sociales pueden ser reconocidas como factor salarial, no obstante los valores reconocidos por fuera de estas y bajo el mismo título, tal como sucede con la "*prima de navidad extralegal*" no pueden servir de base de liquidación para la pensión de vejez de la actora, siendo además que no se cumple con el criterio de habitualidad ya que como se observa del certificado obrante a folio 11 del plenario, las primas referidas sólo se percibieron en el mes de julio y diciembre de

percibidos durante el último año de servicios y no del promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

De la mano de lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que para asuntos laborales tiene especial relevancia lo estipulado en el artículo 53 *ibídem*.

Así sobre el tema bajo estudio, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio *pro homine*, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se puede generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

En efecto, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio *pro homine* en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto estaría en contra del principio favorabilidad, *indubio pro operario* y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Además, en el asunto se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres

1995 respectivamente; en tal sentido, el Despacho no las incluirá en la reliquidación aquí ordenada.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, por la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la parte actora y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 mediante el cual se resolvió un recurso de reposición contra el anterior acto administrativo y VPB 19726 del 28 de abril de 2016 a través de la cual se resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora Julia Garzón Ruiz, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 1º de marzo de 1995 y el 15 de febrero de 1996, a saber: las doceavas partes de **alimentación y transporte, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad** además de los ya reconocidos sueldo básico, prima de antigüedad, recargo nocturno y festivos.

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Ahora bien, el criterio adoptado por el Despacho sobre el cual se advierte que para efectos de la liquidación de la pensión de vejez de un servidor público que hace parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe efectuarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tiene como fundamento efectivizar los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso al trabajador la interpretación según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales

años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios el 3 de marzo de 2015, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 3 de marzo de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la

prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción⁸, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

Por lo tanto, para la Sala es claro que una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.^(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

*La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas. ^(...)
(...)" (Negritas fuera de texto)*

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁹ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

⁸ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: ***"El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."***

⁹ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.***

Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.

(...). (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

- INDEXACIÓN PRIMERA MESADA

Con el fin de dirimir la pretensión solicitada por la parte actora tendiente a que se indexe la primera mesada en ocasión a que no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y atendiendo la fecha de retiro del servicio y de adquisición del estatus de pensionada, se señala lo siguiente:

Este tema del ajuste de valores o indexación ha sido tratado por el Consejo de Estado en relación con las condenas que profiere esta jurisdicción, con base en la concepción del Estado Social de Derecho que nos rige a partir de la Carta Política de 1991 y su dinámica gira alrededor de la vigencia de un orden justo, para lo cual se asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, llegando incluso, a decretar de manera oficiosa la actualización de valores económicos.

En relación con la indexación de las mesadas pensionales, la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia SU-400 de 28 de agosto de 1997 la Sala Plena de la Corte Constitucional expresó:

“(...) La Corte Constitucional en sentencia T-418 de 9 de septiembre de 1996, dejó en claro que los obligados al pago de salarios, prestaciones y pensiones deben asumir, además el cubrimiento íntegro de las sumas correspondientes a la actualización de los valores que hayan venido reteniendo a los trabajadores, desde el momento en que adquirieron el derecho al pago hasta el instante en que éste se produzca efectivamente.

Tal actualización según lo destacó la Sala Plena en Sentencia C-448 de 1996 desarrolla principios claros constitucionales, en especial el que surge del artículo 53 C.P., a cuyo tenor la remuneración debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo cual se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en los términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado.”

Pero, aún más, el artículo 21 de la ley 100 de 1993 previó que el ingreso base para liquidación de la pensión estaba sujeto a la actualización con base en el índice de precios al consumidor. Si bien esta disposición se aplica para las pensiones reguladas por la mencionada ley y la reconocida al actor no se rige por ella, sin duda, es un elemento que puede tenerse en cuenta para sustentar la decisión tomada por el tribunal. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-444 del 18 de septiembre de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, dijo allí “La ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos (...).”

Siguiendo el criterio jurisprudencial antes señalado, en asuntos como el presente puede acudir al concepto de equidad y justicia para enmarcar dentro de él, el ajuste de valor o indexación de las sumas que han de constituir la mesada pensional, dado que en un régimen de seguridad social concebido bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como lo prevé la Constitución (artículo 48), la pensión de jubilación ocupa un lugar privilegiado ya que constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral útil con la finalidad de garantizar su subsistencia, al alcanzar la tercera edad, en condiciones dignas y justas. Desde esta perspectiva el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tomando para su liquidación sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios, resulta contrario a los postulados anotados y constituye una desprotección de las personas de la tercera edad, cuyos derechos están constitucionalmente privilegiados.

Esta misma Corporación en sentencia C-862 de 2006¹⁰, realizó un breve recuento histórico de la aplicación que se le ha dado a dicha figura y precisó:

(...)

La indexación ha sido definida como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de estos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad etc.

*“Ahora bien, tal reconocimiento legal no se trata de un mero acto de liberalidad del Legislador, pues la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se trata de la materialización de diversos preceptos de rango constitucional, los cuales configuran realmente **un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos constitucionales.*

*(...) **la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad (...) por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados.***

*Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, porque a juicio de esta Corporación este no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, **sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada.***

Independientemente de la línea argumentativa que se siga, es decir, bien sea que se entienda que la indexación de la primera mesada pensional es una

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena; Sentencia C-862 del diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006); Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; Referencia: expediente D-6247.

pretensión específica que hace parte del derecho a la actualización de la mesada pensional, o bien sea que se afirme que se trata de un derecho autónomo que encuentra también fundamento en el derecho al mínimo vital y en los artículo 53 y 48 constitucional, esta Corporación lo ha protegido en numerosas ocasiones en sentencia de revisión de fallos de tutela. En dichas oportunidades la Corte Constitucional encontró también fundamento para la protección en el artículo 29 constitucional por considerar que las decisiones judiciales proferidas por la jurisdicción laboral que desconocían el derecho a la indexación de la primera mesada pensional configuraban una vulneración del derecho al debido proceso de los trabajadores.” (Negrillas fuera de texto)

En conclusión, para que proceda el ajuste de valor solicitado por la parte actora en el asunto de la referencia es necesario que medie un período de tiempo considerable entre el momento del retiro del servicio y el de adquisición del estatus pensional, que permita establecer que no se ajustaron los valores con los índices de inflación.

Así las cosas, se encuentra demostrado con las pruebas obrantes en el expediente que la actora se retiró del servicio el 15 de febrero de 1996 (Fl. 11); que mediante Resolución No. 036009 del 13 de agosto de 2008, la entidad demandada reconoció pensión de jubilación a la demandante y la incluyó en nómina desde el 15 de septiembre de 2007 (Fls.18 a 20).

Analizado lo anterior, se evidencia la pérdida del valor adquisitivo de la prestación que actualmente devenga la señora Garzón Ruiz, puesto que no hubo continuidad entre la fecha de retiro del servicio que se consumó el 15 de febrero de 1996 y el momento del reconocimiento pensional que se ordenó cancelar desde el 15 de septiembre de 2007, por lo cual se ordenará la indexación de la primera mesada pensional.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 318246 del 16 de octubre de 2015, (ii) Resolución No. GNR 39688 del 5 de febrero de 2016 y (iii) Resolución No. VPB 19726 del 28 de abril de 2016, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 3 de marzo de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de la señora Julia Garzón Ruiz, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.373.221 de El Colegio, en los términos de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 y el 15 de febrero de 1996, a saber: además del sueldo básico, prima de antigüedad, recargo nocturno y festivos ya reconocidos, los siguientes: las doceavas partes de **alimentación y transporte, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, a partir del 3 de marzo de 2012, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

CUARTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO.- Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones indexar la primera mesada pensional de la señora Julia Garzón Ruiz, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO.- Sin lugar a condena en costas.

SÉPTIMO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

S.A

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy veinticinco (25) de octubre de 2017 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 75



ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00317-00
Demandante: GLADYS LEONARDA CASTRO MORENO
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – Sanción Moratoria y Cesantías
Retroactivas

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Gladys Leonarda Castro Moreno contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. 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, la señora Gladys Leonarda Castro Moreno, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad del acto presunto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó de fondo el escrito de petición radicado el 7 de mayo de 2013, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

2. Se declare la nulidad del acto presunto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó de fondo la solicitud elevada el 7 de mayo de 2013, mediante la cual solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de las cesantías definitivas de forma retroactiva.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

1. Reconocer y pagar a favor de la actora las cesantías definitivas de forma retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente (17 de abril de 1989) y liquidada sobre la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
2. Reconocer y pagar a la accionante la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías desde el día hábil 66 contado a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía (22 de abril de 2010) y hasta el 26 de julio de 2010 (fecha de pago de dicha prestación) a razón de 1 día salario por cada día de retardo para un total de 96 días de indemnización, tomando como base el salario final acreditado, de conformidad con la Ley 91 de 1989, Ley 1071 de 2006 y demás normas concordantes y complementarias.
3. Condenar a la entidad accionada al pago del valor de las diferencias que resulten entre los valores efectivamente cancelados y los adeudados por concepto de la cesantía retroactiva y la sanción moratoria con los correspondientes reajustes de Ley.
4. Condenar a la demandada a que se dé cumplimiento a la sentencia conforme a los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, así como que se paguen las sumas debidas conforme al IPC y las costas procesales de acuerdo a lo estipulado en los artículos 188 y 187 ibídem.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 26 y 27):

La accionante laboró de manera ininterrumpida como docente del Magisterio Oficial de Bogotá D.C. desde el 17 de abril de 1989.

El sujeto activo radicó el 18 de enero de 2010, ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.

La Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010, le reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas.

Las cesantías fueron reconocidas de forma anualizada, cuando en realidad correspondía hacerlo de forma retroactiva teniendo en cuenta la fecha de ingreso al magisterio.

Las cesantías fueron canceladas a la accionante el 26 de julio de 2010, esto es, sobrepasando el plazo señalado por la Ley, por lo cual debe reconocerse y pagarse a su favor la indemnización moratoria con base en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

La parte actora presentó petición ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 7 de mayo de 2013, mediante la cual solicitó la reliquidación de sus cesantías de forma retroactiva y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas.

La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Oficio No. S-2013-84610 del 21 de junio de 2013, en el cual informa que no es la competente para dar respuesta a la solicitud efectuada, razón por la cual, remitió la petición a la Fiduciaria La Previsora S.A, sin que este último se pronunciará al respecto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política de Colombia; la Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 4ª de 1992, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 344 de 1996, Ley 1071 del 2006, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2563 de 1990, Decreto 196 de 1995 y el Decreto 1582 de 1998.

Señaló que al negarse el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se están vulnerando los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, especial protección a las personas de la tercera edad, debido proceso y al mínimo vital.

Adujó que la parte demandada vulneró las disposiciones contenidas en la Ley 1071 de 2006, teniendo en cuenta que contaba con el término de 15 días para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías, contados a partir de la solicitud y de 45 días para efectuar el respectivo pago, términos que se superaron generándose la sanción moratoria que reclama.

Frente a la reliquidación de las cesantías definitivas en forma retroactiva, afirmó que la Ley 91 de 1989 mantuvo intacto el régimen de liquidación de cesantías equivalente a mes de salario por cada año de servicio o proporcional aplicado a los docentes nacionales y nacionalizados, sin hacer distinción alguna sobre los docentes vinculados territorialmente.

En ese orden de ideas, concluyó que la parte actora tiene derecho a que la entidad accionada le reconozca, liquide y pague su cesantía definitiva aplicando el sistema de retroactividad contenido en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó escrito de contestación de demanda de forma extemporánea (Fls.86-98 y 101 a 113).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 16 de marzo del año en curso (Fls. 122 a 127), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 16 y 33 segundos hasta el minuto 19 y 27 segundos).

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 16 de marzo de 2017 (Fls. 122 a 127), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿ Se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 7 de mayo de 2013?
- ¿Le asiste derecho a la parte actora de que se le reconozca y pague las cesantías de manera retroactiva que fueron reconocidas mediante la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente y liquidada con el último salario devengado, incluyendo la totalidad de los factores salariales?
- ¿Le asiste derecho al sujeto activo a que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010, en los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición elevado ante la Secretaría de Educación de Bogotá con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 7 de mayo de 2013, mediante el cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y la reliquidación y pago de las cesantías con el régimen de retroactividad (Fls. 3 y 9).

2.2. Copia de la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la actora (Fls. 13 a 15).

2.3. Extracto intereses de cesantías, proferido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A. (Fl.16)

2.4. Formato único para la expedición de certificado de salarios de la actora (Fls. 17 a 18).

2.5. Copia del recibo de pago de las cesantías definitivas expedido por entidad bancaria a favor de la parte actora (Fl.21)

2.6. Oficio No. S-2013-84610 del 21 de junio de 2013, mediante el cual la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá remite la petición antes referida a la Fiduciaria La Previsora S.A. por considerar que es la entidad competente para dar respuesta a la solicitud de la actora (Fl.22).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, en segundo lugar, a la normatividad que establece la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y en tercer lugar el régimen de cesantías aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene fecha de radicación del 7 de mayo de 2013, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

*“(…) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.
(…)”.*

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

REGIMEN DE CESANTÍAS

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”*, determinó que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozaran entre otros del auxilio de cesantías, en razón a un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios y para su liquidación se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

La anterior norma fue reglamentada por el Decreto 2767 de 1945, mediante el cual se dispuso que los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y Municipios tendrán derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente, la Ley 65 de 1946 *“por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”*, en su artículo 1º determinó que los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a partir del 1 de enero de 1942 en adelante cualquiera que sea la causa de retiro, extendiendo este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, así como a los particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de dicha normativa, así:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley” (Negrilla fuera del texto original).

A continuación el Decreto 2567 de 1946, *“por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales”*, en su artículo 1º dispuso que *“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones*

en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Por su parte, el Decreto 1160 de 1947 sobre el auxilio de cesantías, contempló:

“Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.

Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

Artículo 3º.- A partir de la vigencia de la Ley 65 de 1946, el auxilio de cesantía a que tienen derecho los empleados particulares se liquidará a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos (o continuos y discontinuos desde el 16 de octubre de 1944, fecha de la vigencia del Decreto 2350 del mismo año), y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea el tiempo de servicio y cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato de trabajo”.

Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

Parágrafo 1º.- Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono”.

Así las cosas, se estableció que el precedente normativo anteriormente transcrito era la aplicable a todos los empleados al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, así como a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; entre ellos, el personal docente.

Ahora bien, la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció la diferencia entre docentes nacionales y nacionalizados, de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

(...)” (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 15 ibídem, asignó al mencionado fondo la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, así:

“Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...).

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional” (Negrillas fuera de texto).

De la preceptiva trascrita se colige en primer lugar que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, **mantendrán** el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas

vigentes, a quienes el fondo pagará un auxilio de cesantías equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre **el último salario devengado** sino ha sido modificado en los últimos tres meses, o sino del salario promedio del último año.

Y en segundo lugar, que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, se regirán por la normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional, a quienes el fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

Respecto al régimen de las cesantías el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –sección Segunda –Subsección A, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en providencia del 25 de marzo de 2010, expediente No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), demandante: Aracelly García Quintero, demandado: Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

(...)

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(...)

SANCIÓN MORATORIA

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, respecto al pago de las cesantías, consagró:

“Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio

equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Ahora, con el fin de dar trámite al reconocimiento y pago de las cesantías que se encuentran a cargo del Fondo, el Presidente de la República en uso de las facultades legales y constitucionales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional y el artículo 16 de la Ley 91 de 1989, expidió el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, que señalo:

“ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de*

acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. *Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)" (Negrillas fuera del texto).*

De lo anterior se colige, que la parte interesada debe solicitar el reconocimiento de las cesantías ante la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentre vinculado, fecha a partir de la cual, contados 15 días la misma remite el proyecto de resolución de reconocimiento a la Fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que sea aprobada, para que posteriormente la Secretaría suscriba el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, el cual será remitido a la Fiduciaria con su respectiva constancia de ejecutoria, quien debe efectuar el pago.

Así las cosas, se advierte que la norma no reguló la sanción moratoria en caso de que se configure el pago tardío de las cesantías, no obstante, la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995², estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no

² Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No. 42.171, de 29 de diciembre de 1995.

cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijaron los términos para su cancelación, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 4º. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5º. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

De lo anterior, se colige que la Secretaría de Educación cuenta con el término de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de reconocimiento de las cesantías para expedir el respectivo acto administrativo, y la entidad pagadora de 45 días hábiles, contados a partir de que cobre firmeza, para efectuar el respectivo pago.

Valga traer a colación, que el precedente normativo no contempla excepción alguna respecto de la aplicación de la sanción moratoria, razón por la cual, se entiende que es extensiva a todos los servidores públicos, entre ellos se encuentran los docentes.

Respecto a la manera de contabilizar los términos para establecer si hay mora en el pago, el Consejo de Estado, en la providencia del 5 de junio de 2014, dentro del

proceso N° 080012331000201000040 01 (0497-2013) con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, indicó:

"(...) Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado, dejó en claro a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:

"(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria.

(...)³

La anterior normativa prevé los términos legales con que cuenta la Administración para la liquidación y pago de las cesantías, imponiendo una sanción moratoria por su incumplimiento; dicho articulado reitera que tanto los términos para el pago de la prestación como los de la contabilización de la sanción moratoria son aplicables cuando se solicita la liquidación definitiva del auxilio de cesantía (...)"

En ese sentido, se deben contar 15 días hábiles a partir de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, más 5 días hábiles que corresponden a la ejecutoria de la resolución en caso de que así lo disponga, más 45 días hábiles contados a partir del día en que cobró firmeza el acto administrativo, para un total de 65 días, a partir de los cuales se causa la sanción moratoria.

En este punto es relevante aclarar que el término de ejecutoria de 5 días al que se hizo referencia con anterioridad, obedece a que el acto administrativo fue expedido en vigencia del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual, no hay que perder de vista los casos en los cuales la resolución dictada por la administración en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tienen

³ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

una ejecutoria de 10 días, los cuales computados con los términos referidos en precedencia dan un total de 70 días.

- DE LA INDEXACIÓN DE LOS VALORES RESULTANTES DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS.

La actualización monetaria o indexación, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro y acorde con el valor actual del dinero en un periodo determinado.⁴

Por su parte, la sanción moratoria o la mora, es la situación sobreviniente por el incumplimiento del deudor, esto es, que en virtud de una obligación preexistente, como es el caso del pago de las cesantías dentro de los términos señalados por el ordenamiento jurídico, se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir por el retraso injustificado no imputable a él, dado a la pérdida del valor del dinero adeudado.

El Consejo de Estado ha manifestado que *“en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.”*⁵

En tratándose del tema bajo estudio, esto es, la sanción moratoria, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de noviembre de 2016, expresó:

“No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, (...) debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, (por lo cual) no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala civil, Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

⁵ En esos términos se expresó el Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 septiembre del 2009, y la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto rendido el 9 de agosto de 2012, bajo el Radicado: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106).

sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.”⁶

En ese orden de ideas, por tener dentro de sí la sanción moratoria la corrección y/o actualización monetaria, no es dable condenar a las entidades obligadas a la cancelación simultánea de esa sanción, a su vez con el reajuste del IPC, ya que se estaría generando un doble pago sobre el deber de la administración de desembolsar las sumas de dinero adeudadas en ocasión al incumplimiento del pago de las cesantías dentro del término legal.

CASO CONCRETO.

Entra el Despacho a resolver los interrogantes formulados en la fijación del litigio, para ello se dispondrá a determinar si hay lugar a declarar la existencia del silencio administrativo negativo por la no contestación del escrito de petición radicado el 7 de mayo de 2013 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y si la accionante tiene derecho a que el sujeto pasivo le reconozca y pague las cesantías de manera retroactiva y si hay lugar al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la referida prestación unitaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

Conforme se expuso en precedencia, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la Ley contempla que ante la falta de decisión de la administración se de origen a un acto ficto que dependiendo de la solicitud tendrá el carácter de positivo o negativo, lo anterior en aras de evitar que la administración deje indefinidamente un asunto sin resolver, además que la configuración del acto presunto le permite al interesado acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, en los casos bajo estudio se tiene que se encuentra demostrado que la señora Gladys Leonarda Castro Moreno radicó petición ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 7 de mayo de 2013 (fl.3), en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y el reconocimiento de las mismas de manera retroactiva sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, dentro del radicado 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014).

respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto el 7 de agosto de 2013 según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante FONPREMAG el 7 de mayo de 2013.

- CESANTÍAS RETROACTIVAS:

Ahora con el fin de establecer el régimen de cesantías aplicable al sujeto activo, de las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que la señora Castro prestó sus servicios desde el 8 de febrero de 1993 al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá hasta el 3 de noviembre de 2009 como se colige de la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010 (Fl. 13).

Igualmente, se advierte del formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá el 27 de septiembre de 2012, que el último establecimiento educativo de prestación de servicios de la actora fue en el IED Tom Adams – San José como docente territorial con recursos propios (Fl.17).

De otro lado, se precisa que la Secretaría de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la actora las cesantías definitivas de manera anualizada por los años 1993 a 2009, tal como se prueba con la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010 obrante a folios 13 y 14.

En ese sentido, se advierte que la actora se encuentra dentro del régimen de cesantías contemplado en el literal B del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en consideración a que se vinculó como docente con posterioridad al 1º de enero de 1990, razón por la cual, tiene derecho a que el fondo le reconozca y pague un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

En un caso de similares características, en el que se discute el régimen de las cesantías del personal docente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –

Sección Segunda – Subsección D, en providencia del 12 de noviembre de 2015, con ponencia del doctor Cervelón Padilla Linares, dispuso:

“(…)

De los preceptos normativos traídos a colación, se puede establecer que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, el cual determinó que el personal que se vincule al servicio de la educación de manera posterior a la entrada en rigor de la Ley 91 de 1989, esto es, a partir del 31 de diciembre de 1989, tendrán derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías liquidadas anualmente y sin retroactividad.

De la manera antes anotada, lo dispuso la H. Corte Constitucional mediante sentencia C – 928 de 2006, providencia en la que respecto al tema de la retroactividad en el pago de las cesantías, dispuso:

‘De igual manera, es preciso señalar que las prestaciones sociales que paga el Fondo son las que reconozcan la Nación y las entidades territoriales, prestando asimismo servicios de salud a sus afiliados.

*Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; **por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.***

*En suma, **en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado***” (Negrillas del texto original y subrayado del Despacho).

De otro lado, la parte actora solicita se le aplique el régimen establecido en la Ley 344 de 1996, argumentando que se vinculó como docente territorial antes del 31 de diciembre de 1996.

Sobre el particular, es importante señalar que con la expedición de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, se dispuso un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del

Estado, ya sea en los niveles nacional, departamental, municipal o distrital, de la siguiente manera:

“Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (...).”* (Negritas fuera de texto).

El citado artículo fue reglamentado por el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1º señaló:

“Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

De lo anterior se colige, que la citada norma reguló el régimen de cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, disposición que no es extensiva al personal docente, pues los mismos gozan de un régimen especial de cesantías contemplado en la Ley 91 de 1989, tal como lo consagró la Ley 344 de 1996.

Así las cosas, el régimen de cesantías contemplado en la Ley 344 de 1996 no es aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en consideración a que se rigen por lo señalado en la Ley 91 de 1989, según la cual, estableció que los docentes vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia tienen derecho a que se les reconozca y pague un interés anual sobre el

saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas de la demanda respecto a la pretensión del pago de las cesantías de manera retroactiva.

- SANCIÓN MORATORIA

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que: (i) la actora elevó petición el 18 de enero de 2010, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías (Fl.13); (ii) la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a favor de la accionante a través de la Resolución No. 1843 del 3 de mayo de 2010 (Fl.13); y (iii) el 26 de julio de 2010, la Fiduciaria La Previsora como administradora de los recursos del Fondo, efectuó el pago a favor de la señora Castro a través de entidad bancaria (Fl. 21).

En ese sentido, se advierte que desde la solicitud de reconocimiento de las cesantías hasta la fecha en que se proferió el acto administrativo, transcurrieron más de 3 meses, superándose el término de 15 días establecido en la Ley 1071 de 2006, para proferir la Resolución de reconocimiento.

Así las cosas, el Despacho procede a contabilizar los términos para establecer si hay lugar a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, a partir del 18 de enero de 2010, teniendo en cuenta que para esa fecha se encontraba vigente el Código Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

TERMINO	FECHA
15 DÍAS	8 de febrero de 2010
5 DÍAS	15 de febrero de 2010
45 DÍAS	22 de abril de 2010

Del anterior computo de términos, se establece que la entidad demandada tenía hasta el 22 de abril de 2010, para efectuar el pago de las cesantías solicitadas por la actora, razón por la cual, se configura la sanción moratoria, pues las mismas se cancelaron el 26 de julio de 2010, como se advierte del recibo de consignación expedido por entidad bancaria (Fl. 21).

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad del acto ficto negativo que surgió del silencio de la administración respecto de la petición elevada el 7 de mayo de 2013, mediante la cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a La Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 23 de abril de 2010 y 26 de julio de 2010, teniendo como valor de salario el que devengó para el año en que se causó el derecho, esto es año 2010.

Ahora, frente a la **prescripción** de los derechos se tiene que las normas aplicables al asunto de la referencia, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la sanción moratoria se generó a partir del 23 de abril de 2010, y el pago de las cesantías definitivas se realizó el 26 de julio del mismo año.

No obstante, de conformidad a las documentales obrantes en el expediente se evidencia que la parte actora interrumpió el término inicial de prescripción con la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria el 7 de mayo de 2013, y que la demanda se radicó el 7 de abril de 2016, esto es sin que se superará el término de 3 años, razón por la cual se concluye no se configuró el fenómeno jurídico citado.

Ahora bien, de conformidad a lo señalado por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en reciente pronunciamiento⁷, al cual se hizo referencia en el marco jurídico y jurisprudencial, este Despacho no ordenará el pago de la indexación sobre la sanción moratoria, en consideración a que constituiría un doble pago a cargo de la entidad demandada, dado que la misma sanción lleva consigo la corrección monetaria, aunado al hecho, de que está resulta ser más beneficiosa para los intereses de la aquí demandante.

En ese orden de ideas, demostrado el derecho que le asiste a la parte actora a que le sean reconocidos los valores resultantes de la sanción moratoria, se anota, que la entidad sólo se encuentra obligada a cancelar dichas sumas de dinero, conforme a la liquidación de los días en que efectivamente incurrió en mora, sin que a estos se les tenga que aplicar el reajuste monetario del IPC.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 7 de mayo de 2013, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición presentada el 7 de mayo de 2013, mediante

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, dentro del radicado 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014).

la cual solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a La Nación –Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor de la señora Gladys Leonarda Castro Moreno, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.521.723 la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre **el 23 de abril de 2010 y 26 de julio de 2010**, teniendo como valor de salario el que devengó para el año en que se causó el derecho, esto es, año 2010.

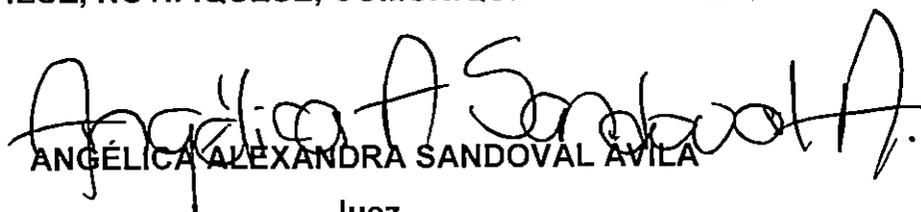
CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

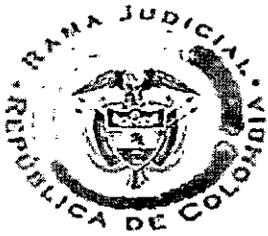
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA

Juez

S.A.

<p style="text-align: center;">JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veinticinco (25) de octubre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>75</u>.</p> <p style="text-align: center;"> _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: **11001-33-42-052-2016-00332-00**

Demandante: **MARÍA ZORAYDA SANDOVAL SANDOVAL**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Reliquidación pensional**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Zorayda Sandoval Sandoval en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora María Zorayda Sandoval Sandoval, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 273939 del 7 de septiembre de 2015 proferida por la entidad demandada en la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la accionante sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y la nulidad de la Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015 mediante la cual COLPENSIONES negó el recurso de apelación que fue interpuesto contra el anterior acto administrativo.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES:

1. Reliquidar la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por todo concepto en el último año de servicios en calidad de servidor público (sueldos, prima de antigüedad, recargos festivos y nocturnos, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación de servicios) en cuantía mensual no inferior a \$ 1.340.660,70 efectiva a partir del 4 de septiembre de 2007.

2. Condenar al sujeto pasivo al pago de las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido cancelando por concepto del acto administrativo demandado y lo que se determine pagar en la sentencia.
3. Condenar a la entidad demandada al pago de las sumas adeudadas conforme al IPC.
4. Condenar al sujeto pasivo al pago de costas procesales.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso el accionante que (fl.35)

1. La señora María Zorayda Sandoval Sandoval prestó sus servicios por más de 20 años siendo su último empleador el Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E.
2. La demandante nació el 28 de agosto de 1952 y cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2007, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era beneficiaria del régimen de transición.
3. Mediante Resolución No. 00011746 del 29 de febrero de 2008 se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor de la accionante teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.
4. El sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radico escrito ante la entidad accionada el 11 de mayo de 2015 en el cual solicitó la reliquidación pensional.
5. Mediante la Resolución No. GNR 273939 del 7 de septiembre de 2015 la demandada reliquidó la pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
6. Inconforme con lo anterior, la accionante interpuso recurso de apelación.
7. COLPENSIONES a través de la Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015 negó la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 13, 25 y 58 de la Constitución Política, artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 57 y 153 de 1887, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 6ª de 1985, artículo 36 y 288 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994 y Decreto 2143 de 1995.

Afirmó que la accionante al ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, razón por la cual, la pensión se le debe liquidar con la inclusión de

todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Lo anterior, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 57 a 70).

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (ii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) *"GENÉRICA O INOMINADA"*, con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión del actor con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005;

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 31 de mayo del año en curso (Fls.98 a 99), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 14 y 48 segundos hasta el minuto 14 y 58 segundos) y la parte accionada (del minuto 15 y 20 segundos hasta el minuto 19 y 22 segundos), de la grabación visible a folio 100 del expediente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 31 de mayo de 2017 (Fls. 94 a 99), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte accionante a que le sea reliquidada su pensión con la totalidad de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?

2. ACERVO PROBATORIO

2.1. Resolución No. 00011746 del 29 de febrero de 2008, a través de la cual el Instituto del Seguro Social reconoció una pensión de jubilación a la parte actora (Fls. 27 a 29).

2.2. Escrito presentado por la accionante en ejercicio del derecho de petición el 11 de mayo de 2015 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (fls.16 a 20).

2.3. Resolución No. 273939 del 7 de septiembre de 2015, mediante el cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de la demandante (Fls. 3 a 11).

2.4. Recurso de apelación presentado por la actora el 28 de septiembre de 2015 en contra del anterior acto administrativo (fls. 21 a 25).

2.5. Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015, a través del cual la demandada negó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 273939 del 7 de septiembre de 2015 (fls.13 a 15).

2.6. Certificado de los factores salariales percibidos por la señora María Zorayda Sandoval Sandoval para los años 2006 a 2007 (fl.32).

2.7. Copia de la Cedula de Ciudadanía de la accionante (fl.33).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...)". (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril

de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

*“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)**”.*
(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*“**Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios*

prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)”.

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos

alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.¹
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

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

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).²* (Negrillas fuera de texto).

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

A su vez, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

² Ibidem.

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado.”

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.”

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo esta integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

*“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto** de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*

*“**Monto**, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y **monta** es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*

*“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “**monto**” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto**, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).*

(...)

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

*“(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, **apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.***

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...).”

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún

tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

- ¿Si le asiste derecho a la demandante a que le sea indexada el valor de la primera mesada pensional? luc"(...)

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como

⁴ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵.

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario⁶, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).”

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”⁷

(...).”

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser más significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *“produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en

⁵ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

⁷ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *“si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.”*

sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

(...)
Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. [Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU -230 de 2015 aclaró “que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013”.

(...).
;

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida

sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el

contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral. (...)

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera íntegra y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

*(...)
Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.*

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a las situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibidem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)"

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

A continuación, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud "del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos".

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230

del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, señaló lo siguiente:

(...)

Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(...) ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política^(...).

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

(...)".

Finalmente, la Corte Constitucional mediante auto 229 del 10 de mayo de 2017, declaró la nulidad de la sentencia T-615 de 2016 por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, contra el auto referido, se presentaron salvamentos de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016 son distintos a los presentados en las sentencias T-078 DE 2014, C-168 de 1995 y C-258 de 2013, motivo por el cual no se puede manifestar que está desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es el dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias y unificar el precedente ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición

respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a unos miembros de la Contraloría General de República, motivo por el cual el Despacho continua acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora María Zorayda Sandoval Sandoval, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad accionada le negó la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1995, para los empleados del orden territorial, fecha para la cual la señora María Zoryda Sandoval Sandoval tenía 41 años de edad, pues nació el 28 de agosto de 1952, tal como se evidencia de la copia de la cedula de ciudadanía obrante a folio 33 del plenario.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó el ISS en Resolución No. 00011746 del 29 de febrero de 2008, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación a la accionante (Fls. 27 a 29).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda

el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de jubilación del actora aplicó la Ley 33 de 1985, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, con el 75% como pensión sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, hecho que da a concluir que el régimen de transición no fue aplicado en su integridad (Fl.3).

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No. GNR 273939 del 7 de septiembre de 2015 (Fl.3), la señora María Zorayda Sandoval Sandoval laboró al servicio del Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E. desde el 1° de octubre del 2000 hasta el 31 de agosto de 2007, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de agosto de 2007.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de agosto de 2007, relacionados en la certificación expedida por el Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E. visible a folio 32 del plenario, según la cual, la accionante percibió: sueldo básico, recargo festivos, recargo nocturnos, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015 (fls.13 a 15), la entidad demandada al liquidar la pensión de jubilación de la actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: sueldo básico, recargo festivos, recargo nocturnos, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima de servicios, prima de navidad, y prima de vacaciones.**

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 273939 del 7 de septiembre de 2015 y (ii) Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015 mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora María Zorayda Sandoval Sandoval, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de agosto de 2007, a saber: **prima de servicios, prima de navidad, y prima de vacaciones**, además de los ya reconocidos sueldo básico, recargo festivos, recargo nocturnos, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados.

Se advierte que la reliquidación ordenada se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Ahora bien, el criterio adoptado por el Despacho sobre el cual se advierte que para efectos de la liquidación de la pensión de vejez de un servidor público que hace parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe efectuarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tiene como fundamento efectivizar los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso al trabajador la interpretación según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicios y no del promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

De la mano de lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque

de constitucionalidad y que para asuntos laborales tiene especial relevancia lo estipulado en el artículo 53 *ibídem*.

Así sobre el tema bajo estudio, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio *pro homine*, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se puede generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

En efecto, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio *pro homine* en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto estaría en contra del principio favorabilidad, indubio *pro operario* y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Además, en el asunto se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios el 11 de mayo de 2015, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 11 de mayo de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

“(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción⁸, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

Por lo tanto, para la Sala es claro que una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio

⁸ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: “El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado.”

comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.^(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas.^(...)

(...)" (Negrillas fuera de texto)

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁹ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

"(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía

⁹ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.***

Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora. (...). (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 273939 del 7 de septiembre de 2015 y (ii) Resolución No. VPB 70706 del 17 de noviembre de 2015, mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 11 de mayo de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de la señora María Zorayda Sandoval Sandoval, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.238.398 de Malaga, en los términos de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de agosto de 2007, a saber: además del sueldo básico, recargo festivos, recargo nocturnos, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados ya reconocidos, los siguientes: **prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, a partir del 11 de mayo de 2012, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda a la trabajadora bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código de Procedimiento Laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

CUARTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$



**ARJUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 11001-33-42-052-2016-00460-00
Demandante: JUAN MANUEL GARCÍA GUZMÁN
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – Reajuste Salarial del 20%

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Juan Manuel García Guzmán en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, el señor Juan Manuel García Guzmán, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del Oficio No. 20165660014261 del 7 de enero de 2016 proferido por la entidad accionada en el cual se negó el reajuste salarial del 20% a partir del 1º de noviembre de 2003.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a:

1. Reconocer y pagar el reajuste salarial del 20% a que tiene derecho a partir del 1º de noviembre de 2003, así como el reajuste de sus cesantías con base en lo señalado en el Decreto 1794 del 2000.
2. Condenar a la demandada al pago del valor que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de salario mensual desde noviembre de 2003 hasta la fecha, conforme lo establece el artículo 187 del CPACA y el artículo 280 del CGP.

3. Finalmente, solicitó se condene al pago de intereses moratorios, gastos y costas procesales establecidos en los artículos 182 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como supuestos fácticos que soportan sus pretensiones expuso en síntesis que (fls.12-13):

1. El señor Juan Manuel García Guzmán ingresó a las filas del Ejército Nacional como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y a partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa fue promovido a soldado profesional.
2. Durante el periodo en el cual fue soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, el cual le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.
3. A partir del 1° de noviembre de dicha anualidad, después de obtener el status de soldado profesional, la entidad accionada dejó de pagarle una asignación mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%, para cancelarle sólo un incremento del 40%.
4. El Comando del Ejército Nacional anualmente le liquidó el auxilio de cesantías al sujeto activo conforme a la asignación básica de un salario mínimo más un 40% del mismo salario.
5. El 23 de diciembre de 2015, el actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la accionada con el fin de que se reajustara y reliquidara su asignación mensual tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% junto con la reliquidación del auxilio de cesantías.
6. El 7 de enero de 2016, la entidad dio respuesta al anterior escrito de forma negativa por medio del Oficio No. 20165660014261.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, en los expedientes del epígrafe se cita el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13°, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Señaló el apoderado del accionante que se debe reajustar la asignación mensual de su representado, teniendo en cuenta el incremento del 60% sobre el salario mínimo y no sobre un 40% como erróneamente lo realiza la demandada.

Lo anterior con fundamento en los derechos adquiridos por cuanto la situación laboral obtenida por su representado cuando ostentaba el grado de soldado voluntario, no puede ser desconocida, ni desmejorada por la accionada bajo el status de soldado profesional al no reconocerse el incremento del salario base al 60% y al no tenerse en cuenta dicho valor para la liquidación de su asignación básica mensual y el auxilio de cesantías.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls.47-53).

El apoderado del extremo pasivo, se opuso a las pretensiones del demandante argumentando que no tiene derecho al reajuste reclamado puesto que, al aceptar incorporarse como soldado profesional se sometió de manera íntegra el régimen estatuido en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º señala que quienes se vinculen a las Fuerzas Militares como tal, devengarán una asignación salarial equivalente al mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

De igual forma, señaló que dicho Decreto en cuanto al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, resulta ser más beneficioso que el contemplado para los soldados voluntarios en la Ley 131 de 1985.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: "*legalidad del acto definitivo demandado, carencia del derecho del demandante, inexistencia de la obligación de la demandada y prescripción de derechos laborales*".

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las excepciones denominadas "*LEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO DEMANDADO, CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA*" encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo,

modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Mediante providencia del 11 de agosto de 2017, el Juzgado corrió traslado a las partes procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión (fls.111 a 112).

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito radicado el 29 de agosto de 2017 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá (fls. 115 a 118) presentó sus alegatos de conclusión en los cuales reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte actora no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 26 de mayo de 2017 (fls. 86 a 91), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

-¿Le asiste derecho a la parte actora al reajuste salarial del 20%, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario percibido como soldado profesional, junto con la correspondiente reliquidación del auxilio de cesantías según los términos de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?

2. ACERVO PROBATORIO: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

- 2.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 23 de diciembre de 2015, mediante el cual la parte actora solicitó el reajuste y pago del 20 % salarial y la reliquidación del auxilio de cesantías de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000 (Fls.2-5).
- 2.2. Oficio N° 20165660014261 del 7 de enero de 2016, a través del cual la entidad demandada, dio respuesta negativa a la anterior petición (Fl.6).
- 2.3. Certificado proferido por la entidad accionada en la cual se observa los tiempos de servicio prestados por el sujeto activo (Fls.101 y 103).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para dar respuesta a la fijación del litigio, es preciso hacer referencia al régimen salarial y prestacional especial que la Constitución Política ha consagrado para los miembros de la Fuerza Pública, para luego analizar las disposiciones normativas aplicables de dicho régimen a los soldados profesionales y voluntarios del Ejército Nacional.

Así pues, el constituyente de 1991, estableció un régimen especial para los miembros de la fuerza pública al referirse en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 de la Constitución Política sobre su sistema salarial, prestacional, organizacional y de carrera.

Las mencionadas disposiciones consagran:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública;

Artículo 217. La ley determinará si el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

En desarrollo de la anterior disposición el Congreso de la República a través de la ley 4ª de 1992 fijó las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe atender para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública y establecer las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Así mismo, La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en el artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas.

Además, señalo en el artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la ley carecería de efecto.

Ahora bien, en tratándose del régimen salarial, prestacional y organizacional de los soldados voluntarios la Ley 131 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", en sus artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º estableció:

"ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

PARÁGRAFO 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

ARTÍCULO 3o. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente,

incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 6o. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. (...)

De conformidad con la anterior, se advierte, que los soldados voluntarios tienen derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar, así como a una bonificación por navidad y por una sola vez, se les reconoce al momento del retiro del servicio, una suma que equivale a una bonificación mensual por cada año de servicio prestados y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Posteriormente, se expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 "Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de Policía Nacional", que en su artículo primero señaló:

"ARTICULO 1o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"

Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 *“Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”*, que en el parágrafo del artículo 5º parágrafo señala:

“PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

Igualmente en el artículo 38 del citado Decreto se señaló:

“ARTÍCULO 38. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”.

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 1. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”
(Negritas fuera del texto original)

De la norma antes transcrita se evidencia que la misma estableció una excepción respecto de la asignación salarial de los soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados como voluntarios según la Ley 131 de 1985, la cual les permite devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el cual dista del 40% establecido para los soldados profesionales que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

Criterio expuesto por el Consejo de Estado, en la Sentencia del 6 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve en el cual se expuso: ¹

¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado interno (3583-13)

“Bajo este supuesto, las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.”

Criterio que fue reiterado por el Consejo de Estado – Sección Segunda en Sala Plena, en sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en cual se dijo:

“(…) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60% (...).”²

CASO CONCRETO

El demandante, solicita se le reajuste su asignación mensual de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el incremento del 60% de un salario mínimo, y no un 40% como lo viene haciendo la entidad accionada.

Ahora bien, de la certificación expedida por la entidad accionada (fls.101 y 103), se puede observar que el actor a la fecha se encuentra en servicio activo.

En ella misma, se pueden extraer los siguientes periodos prestados por el demandante al Ejército Nacional:

CONCEPTO	DESDE	HASTA
SOLDADO VOLUNTARIO	30-09-1998 (30 de septiembre de 1998)	31-10-2003 (31 de octubre de 2003)

² Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia del 25 de agosto de 2016, radicado interno (3420-15)

SOLDADO PROFESIONAL	01-11-2003 (1º de noviembre de 2003)	
------------------------	---	--

De lo anterior se colige, que el actor prestó inicialmente sus servicios como soldado voluntario desde el 30 de septiembre de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003, y actualmente se encuentra en servicio activo bajo el estatus de soldado profesional desde 1º de noviembre de 2003.

Así pues, es claro para este Juzgado que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues de lo obrante en el plenario se determina que se desempeñó inicialmente como Soldado Voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985 y posteriormente como Soldado Profesional bajo la eficacia del Decreto 1794 de 2000, por tal razón y de conformidad con el artículo 1º de dicho Decreto 1794, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales y es así, como se establece que estos deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), por consiguiente, sus condiciones no se podían desmejorar en ningún aspecto, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente en ese momento.

La diferencia porcentual establecida para las asignaciones mensuales de los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los demás soldados profesionales, tiene un contenido de garantía de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos establecidos por la Constitución (Art. 53) y por la Ley 4ª de 1992, que estableció en su artículo 2 literal a), el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, así como la prohibición de desmejorar sus condiciones laborales, al momento de fijar el régimen salarial y prestacional.

En virtud de lo señalado la entidad accionada ha debido dar aplicación a lo previsto en las citadas disposiciones, sin desmejorar las condiciones salariales preexistentes, lo cual no ocurrió de conformidad con lo probado en el proceso, por lo que se afectó igualmente la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que devengaba el accionante.

En consecuencia, al demandante la asiste el derecho a que la entidad le reconozca y pague el 20% del reajuste salarial conforme a lo establecido por el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 del 2000.

Ahora bien, demostrada la existencia del derecho que le asiste a la parte actora, este Juzgado procede a revisar la prescripción aplicable al asunto, de conformidad con lo señalado por el apoderado de la entidad accionada en la contestación de la demanda.

Así pues, durante la fecha en la cual se causó el derecho a favor del accionante la norma vigente que se encontraba rigiendo en términos de prescripción era el Decreto 1211 de 1990 que en su artículo 174 señala:

“Artículo 174. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

A través del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional modificó el anterior término prescriptivo, disminuyéndolo a tres años.

Sin embargo, en dicha Decreto no se habló nada de las situaciones jurídicas consolidadas antes de su entrada en vigencia, motivo por el cual, el término prescriptivo de tres años solo es aplicable a los acontecimientos que sucedieron partir del 2004 en aplicación del principio general de la irretroactividad de la ley.

Así pues, en el presente asunto la prescripción a aplicar es la cuatrienal en concordancia con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 antes transcrito.

En ese orden de ideas, la parte actora elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 23 de diciembre de 2015 (fl.2), es decir a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción por un lapso de cuatro años, lo que significa que las mesadas que serán objeto del reajuste a que haya lugar son las causadas a partir del 23 de diciembre de 2011, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

Las diferencias resultantes, serán indexadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con INDEXACIÓN al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes por cada derecho a que tuviere lugar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Aunado a lo anterior, se reitera que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las asignación posteriores, claro está, hasta la fecha en que se efectúe el reajuste aquí ordenando.

Se aclara que se ordenará el pago de las sumas actualizadas conforme a los índices de inflación, certificados por el DANE, revalorizando su cuantía; advirtiéndose que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en concordancia con el artículo 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del *sub-examine*.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. 20165660014261 del 7 de enero de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de Restablecimiento del Derecho condenar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reconocer y pagar al señor JUAN MANUEL GARCÍA GUZMÁN identificado con cedula de ciudadanía N° 93.414.217 de Ibágúé, la diferencia del 20% entre la asignación mensual que se ha venido pagando por dicho concepto en un 40% hasta obtener el reconocimiento equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incremeritado en un sesenta por ciento (60%), lo anterior a partir del 23 de diciembre de 2011 y hasta la fecha efectiva en que la accionada realice el reajuste aquí reconocido con la consecuente reliquidación y pago de todos los derechos laborales causados durante el mismo periodo.

TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al reajuste de los pagos que se hubieren afectado por la no inclusión del reajuste ordenado, y demás emolumentos que tenga derecho conforme la norma, según lo expuesto.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la siguiente fórmula señalada para tales casos por el Consejo de Estado, la que tiene por objeto traer a valor presente lo adeudado:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes por cada derecho a que tuviere lugar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

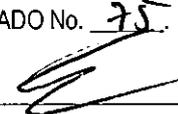
SEXTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la Parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público, y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

S.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 25 de octubre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>75</u>.</p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00272-00
Demandante: YOLANDA GÓMEZ OBANDO
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RECONOCIMIENTO PENSIONAL E INDEXACIÓN DE PRIMERA MESADA

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Yolanda Gómez Obando en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora Yolanda Gómez Obando actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio junto con la indexación de la primera mesada.

2. Se declare la nulidad de la Resolución RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, por la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirma la decisión recurrida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP a:

Reconocer y pagar “la revisión” de la liquidación de su pensión de jubilación con todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios y la indexación de la primera mesada.

Aplicar la indexación de la primera mesada para los años de 2004 a 2011 sobre la suma pensional reconocida.

Reconocer y pagar una pensión de jubilación en cuantía de \$1.876.590.16, a partir del 11 de septiembre de 2011.

Pagar la prestación debidamente indexada, toda vez que la demandante se retiró antes de la edad para cumplir pensión.

Practicar los ajustes automáticos de ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.

Pagar las nuevas sumas descontando lo ya pagado.

Pagar las costas del proceso, conforme al artículo 188 del CPACA.

Pagar sobre las sumas que resulten de la condena conforme al índice de precios al consumidor certificados por el DANE, según lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Pagar los intereses moratorios, conforme lo prescribe el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 22 a 31):

Nació el 11 de septiembre de 1956.

Laboró para el servicio del Estado, desde el 12 de enero de 1982 hasta el 29 de noviembre de 2004, “en el Instituto Colombiano Agropecuario ICA” (sic).

Es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1996.

Actualmente tiene pensión especial de vejez como madre trabajadora con hijo inválido, reconocida mediante Resolución No. 18505 del 1 de septiembre de 2004 en cuantía de \$ 861.677.77 a partir del 12 de septiembre de 2003 reconocida por Cajanal.

Mediante Resolución No. 35780 del 25 de julio de 2006 se le reliquidó la pensión de vejez en calidad de madre soltera con hijo inválido en cuantía de \$ 967.941.52, a partir del "30 de noviembre de 2004 12 de septiembre de 2003" (sic) por Cajanal.

El 11 de septiembre de 1956 cumplió 55 años de edad, momento para el cual adquirió el derecho a la pensión.

El 12 de mayo de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión y la indexación de la primera mesada, teniendo en cuenta que la pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios le es más favorable que la pensión especial de vejez para madre trabajadora con hijo inválido.

Mediante Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, negó la solicitud de reliquidación en los términos solicitados aduciendo que se debe realizar conforme a lo previsto en el Decreto 1158 de 1994, de acuerdo a la Ley 100 de 1993.

Contra la decisión anterior, interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, confirmado el acto atacado.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas cita el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 73 del Decreto 1042 de 1978, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 1º de la Ley 33 y 62 de 1985, el Decreto 158 de 1994, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Adujo que en el presente caso se debe dar aplicación a las Leyes 62 y 33 de 1985, con el promedio de los factores que constituyen salario y no tal y como lo interpretó la entidad demandada.

Citó varios antecedentes jurisprudenciales referidos al derecho a la indexación de la primera mesada.

Sostuvo que se debe dar aplicación al artículo 48 de la Constitución Política que establece la protección de los derechos adquiridos, por cuanto obtuvo el derecho la pensión antes de la expedición de la sentencia SU- 230 de 2015 del 19 de abril de 2015

Solicitó tener en cuenta la reciente jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve de fecha 18 de noviembre de 2015, donde se ratifica la prevalencia de los fallos del 4 de agosto de 2010 y no dar aplicación a la SU 230-2015.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 47 a 65).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

El Decreto 1158 de 1994 indica cuales son los factores de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión y los que se solicitan en la demanda, no se encuentran incluidos en la norma, por lo tanto, no se tuvieron en cuenta, entonces es necesario denegar las pretensiones de la demanda.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 comprende la edad el tiempo y el monto del régimen pensional que incluye el IBL, así como los factores a tener en cuenta al momento de realizar el reconocimiento de la pensión, esta posición no ha sido uniforme en la jurisprudencia colombiana, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el régimen de transición comprende únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto y la liquidación se hace conforme a lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dicha posición encuentra respaldo en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sentencia C- 168 de 1995.

Resaltó que la diferencia interpretativa entre las altas cortes genera un menoscabo del derecho a la igualdad de los asociados, situación que justifica aún más la necesidad de un

pronunciamiento de la Corte Constitucional en su condición de garante supremo de la Constitución y cuyo precedente en esa medida tiene aplicación preferente.

Propuso las excepciones “*prescripción, buena fe, genérica o innominada, inexistencia de la obligación, pago y compensación*”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Dentro de la audiencia inicial adelantada el 6 de septiembre de 2017 (Fls. 104- 110), el Despacho corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión:

La parte demandante solicitó tener en cuenta los argumentos esgrimidos en la demanda.

Por su parte la entidad demandada solicitó absolverla de responsabilidad, con fundamento en lo planteado en el presente proceso.

Finalmente, la Representante del Ministerio Público sostuvo que es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación, en tanto que acredita el cumplimiento de los requisitos, hizo alusión a varias sentencias de la Corte Constitucional como fundamento del respeto al régimen de transición pensional, sin embargo, frente a la pretensión de la indexación de la primera mesada consideró que no hay vocación de prosperidad, en la medida en que actualmente está devengando pensión especial.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 6 de septiembre de 2017 (Fls. 104 - 110), se fijó el litigio de la siguiente manera:

“¿Si le asiste el derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la pensión de jubilación o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?”

¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea actualizado o reajustado el valor de los emolumentos que sirvieron de base para liquidar la primera mesada pensional?

2. ACERVO PROBATORIO.

2. 1. Petición radicada ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP el 12 de mayo de 2015, solicitando que se reconozca la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro del servicio, conforme lo señala la Ley 33 de 1985 y que se indexe la primera mesada (fls.2 -4).

2.2. Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015 "Por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez", por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP (fls.15-16).

2.3. Recurso de apelación radicado el 24 de mayo de 2016 interpuesto por la demandante contra la anterior decisión (fls.14-28).

2.4. Resolución No. RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP resolvió el recurso de apelación confirmando la resolución atacada. (Fls.18-20).

2.5. Certificaciones expedidas por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana, Regional Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el cual se informó que la señora Yolanda Gómez Obando trabajó en la entidad en calidad de empleada pública, y se indican los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fl. 7 -9).

2.6. Certificaciones de salario mes a mes formato 1 emitido por la Cordinadora del Grupo de Gestión Humana por el período 1982 a 2004 (fl. 10-13)

2.7. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 6).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia a: (i) lo previsto para la pensión especial de vejez por hijo inválido, (ii) al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985, y (iii) a los aspectos legales y jurisprudenciales de la indexación de la primera mesada pensional.

(i) De la pensión especial de vejez por hijo inválido

La pensión especial por hijo inválido fue incorporada al Sistema General de Pensiones por el Art. 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

*“Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles. Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.*

Frente al valor de esta pensión, la forma de calcularlo es la misma que en la pensión ordinaria de vejez, es decir: el porcentaje depende de la aplicación de la fórmula consagrada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y el IBL será el promedio de los salarios de los últimos 10 años, tal y como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Dicho beneficio pensional solo ha sufrido modificaciones por parte de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-227 de 2004, que declaró inexecutable las palabras “menores de 18 años”, extendiéndola a los hijos adultos y posteriormente a través de la Sentencia C-989 de 2006. estudió nuevamente la norma y declaró executable condicionadamente la palabra “madre” bajo el entendido de que debe hacerse extensivo también a los padres cabeza de familia.

Sobre el particular, la Corte Constitucional a través de la sentencia T-657/2016, el M.P Aquiles Arrieta Gómez expuso:

“3. La pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad y el régimen de transición

3.1. Dentro de los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución de 1991 está el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 48. Por una parte, un servicio público obligatorio y por otra, un derecho, que es deber del Estado garantizarlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En desarrollo de este precepto constitucional, se profirió la Ley 100 de 1993 encargada de reglamentar los diferentes regímenes prestacionales que existen en nuestro ordenamiento, entre ellos, el de pensiones que tiene como fin garantizar a las personas, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte

3.2. La pensión de vejez, desde el inicio de la jurisprudencia se ha catalogado no como un regalo “sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”, al momento en el que el trabajador demuestre que cumple con los requisitos exigidos para obtener esta prestación. Se tiene la posibilidad de retirarse de la vida laboral percibiendo un ingreso, pues se supone que cuando el empleado llega a esa etapa “se halla en una época de la vida en la que, después de haber cumplido con el deber social del trabajo y ver menguada su fuerza laboral, requiere de una compensación por su esfuerzo y un trato especial en razón a su avanzada edad”.

3.3. Ahora bien, dentro del sistema general de pensiones se encuentran dos regímenes principales (i) el de prima media con prestación definida y (ii) el de ahorro individual con solidaridad.

3.4. En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, la Ley 100 de 1993 estableció unos requisitos que deben ser acreditados: (i) haber cotizado durante toda la vigencia de la relación laboral; (ii) que el afiliado haya cumplido 55 años de edad si es mujer, o 60 años de edad si es hombre y (iii) que haya cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. La Ley 797 de 2003 modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 estableciendo que a partir del año 2014 la edad se incrementará a 57 años de edad para la mujer y 62 años para el hombre y que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 también previó tres clases de pensiones (i) pensión ordinaria de vejez la cual se obtiene con los requisitos descritos en precedencia; (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona con discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 1); y (iii) pensión especial de madre o padre de hijo en situación de discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 2). Estas pensiones especiales se crearon para (i) aquellas personas que padezcan una discapacidad física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social y (ii) para las madre o padres trabajadores cuyo hijo padezca una discapacidad física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre o el padre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si se reincorpora a la fuerza laboral.

3.5. Sobre la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, establecida en el parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha realizado varios pronunciamientos para llegar a la norma como en este momento es aplicada, y en cuanto a los requisitos que se deben acreditar para acceder a ella: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo en situación de discapacidad (menor o adulto), haya cotizado el mínimo de semanas exigidas, independientemente del régimen al que se encuentre afiliado, establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema.

3.6. *El primer requisito señalado tiene que ver con que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo en situación de discapacidad haya cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen al que se encuentre afiliado, establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Es de anotar que cuando entra en vigencia la Ley 100 de 1993, el legislador derogó las normas existentes sobre seguridad social para servidores públicos y particulares, **sin embargo dejó establecido un régimen de transición para las personas que para ese momento estaban aportando a dichos regímenes, como protección a las expectativas legítimas creadas al pretender pensionarse cumpliendo con los requisitos que para la época estaban vigentes.** (Resaltado fuera de texto)*

Entonces, estos son los requisitos, a saber:

1. Que la madre (o el padre) haya cotizado al Sistema General de Pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigido para obtener la pensión de vejez;
2. Que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada.
3. Que el hijo en condición de invalidez sea dependiente de su madre o de su padre.

Y para continuar recibiendo la pensión anticipada por hijo discapacitado es necesario:

- a. Que el hijo afectado por la invalidez física o mental permanezca en esa condición y continúe como dependiente de la madre.
- b. Que la madre no se reincorpore a la fuerza laboral.

(ii) Del régimen de Transición establecido en la Ley 100 de 1993 y del reconocimiento pensional con base en la Ley 33 de 1985

Al respecto, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o

quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...). (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)”.
(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea

*que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)*”.

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

*“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, **a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.***

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar

a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”¹ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

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

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).”² (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

A su vez, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

“(…) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(…)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

² *Ibidem*.

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por retirado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3 del artículo 36 citado.”

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado.”

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013),

demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

“En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

*“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto** de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*

*“**Monto**, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y **monta** es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*

*“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “**monto**” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto**, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la **liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100”. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).
(...)*

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

*(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, **apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.***

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...).

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

"(...)

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵.

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera

⁴ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

⁵ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

historia laboral del peticionario⁶, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).”

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”⁷

(...).”

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser mas significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *“produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación”*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio, consideró:

*“(...)
Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo*

⁶ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

⁷ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *“si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.”*

porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". [Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013".
(...)"

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.

(...)”

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera integral y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en

el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Seguidamente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

(...)

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindir el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e

*inescindibilidad normativa b) la noción de “monto” e “ingreso base de liquidación” como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuento no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.
(...)”*

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

A continuación, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud *“del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”*.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, señaló lo siguiente:

“(...) Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tangen un marco fáctico similar y compartan problemas

jurídicos».

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(...) ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política^(...).

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

(...)”.

Finalmente, la Corte Constitucional expidió el Comunicado No. 27 del 10 y 11 de mayo de 2017, en el cual se indicó que la Sala Plena de dicha Corporación declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, por considerar que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU 230 del 2015 y SU-405 del 2016.

No obstante, en el mismo comunicado se manifestó que contra el auto que declaró la nulidad de la sentencia T-615 del 2016, se presentaron salvamento de votos en los cuales se expresó que el asunto revisado por la Corte Constitucional en la sentencia referida son distintas a las sentencias C-258 de 2013, SU 230 del 2015 y SU 405 del 2016, motivo por el cual no se puede manifestar que está desconoció el precedente establecido.

En esos mismos salvamentos de votos se expresó que no es el dable a la Corte Constitucional a través de un auto de nulidad modular los efectos de las sentencias ya que esto debe hacerse a través de una sentencia proferida por la Corporación en sede de tutela o en control de constitucionalidad.

Posteriormente, el máximo Tribunal Constitucional en comunicado de prensa, afirmó que se expidió la sentencia SU 395 de 2017 en el cual se ratifica la posición respecto a la cual el IBL no es objeto de transición por lo cual a efectos de reconocimiento pensional o reliquidación de la misma debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, dentro de lo que se lee del comunicado en mención, no se avizora de qué manera se controvierten los argumentos del Consejo de Estado respecto a cómo se debe

liquidar el IBL en los regímenes de transición, siendo además que el asunto objeto de revisión en ese asunto se refiere a una ex empleada pública, motivo por el cual el Despacho continúa acogiendo en su integridad la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

(ii) De la indexación de la primera mesada

Es necesario precisar que se encuentra ampliamente aceptado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como por la Corte constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que el juez ante la evidencia de la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda debe intervenir para evitar la consumación de injusticias en relaciones que implican obligaciones dinerarias.

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, el que se presta en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

La Corte Constitucional ha definido el principio de universalidad indicando que: *“La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios.”* Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Ahora, cuando se trata de eficiencia se refiere a la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

El Estado debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, este servicio podrá ser prestado por entidades públicas y privadas, y la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Son principios en materia laboral, entre otros, la igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, irrenunciabilidad a los beneficios

establecidos en normas laborales, garantía a la seguridad social, el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales (art. 53).

Las normas que hacen referencia al derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, se encuentran en los artículos 13 y 46 que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital.

Frente al reajuste de pensiones, la Ley 100 de 1993⁸ en su artículo 14 dice:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.*

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley, en caso de que dicho incremento sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura.”*

Tenemos que para el régimen general, no existe norma expresa que establezca la actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas en los términos del artículo referenciado.⁹

En controversias laborales tanto la equidad, criterio auxiliar del derecho¹⁰, como varias disposiciones constitucionales, le exigen al juez, el deber de no ser un simple operador jurídico, con el fin de evitar la afectación de derechos fundamentales del trabajador o del ex trabajador, cuando se trate de asuntos no regulados*por el ordenamiento legal.

⁸ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁹ «Artículo 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno. (...)»

¹⁰ Artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

Ante la ausencia de una norma expresa que consagre la actualización de las sumas derivadas de una pensión, diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas, la jurisprudencia de las altas cortes ha desarrollado un criterio uniforme, teniendo en cuenta los principios constitucionales consagrados en los artículos 48, 53 y 230, concretamente los de justicia y equidad y el hecho notorio de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda¹¹ y el fenómeno inflacionario, con el fin de evitar que el trabajador soporte las consecuencias negativas de dicha situación al recibir sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario o de la pensión.

El Consejo de Estado a través de la providencia del 15 de junio de 2000, M.P Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, estableció las siguientes reglas para los casos en que el pensionado no recibe oportunamente el pago debidamente indexado de su mesada pensional:

“No aceptar la indexación del ingreso base del demandante, pretextando que los últimos años no estuvo vinculado laboralmente luego de haber prestado sus servicios, por más de 23 años, y de esa manera reconocer su mesada pensional, con valores deteriorados, constituiría una afrenta a la justicia e iría en contravía de los postulados Constitucionales citados.

Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional”.

Posteriormente, en sentencia del 10 de julio de 2014¹², el Consejo de Estado resaltó que en consideración al carácter especialísimo de la pensión y al el principio de equidad es procedente el reajuste de la primera mesada:

“II. De la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional gracia.

(...)

¹¹ El derecho a mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales “no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada, que es lo que se ha denominado “indexación de la primera mesada pensional”. sentencia C-862 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹² C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 1767-2014.

Bajo estos supuestos, resulta evidente el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional razón por la cual, la jurisprudencia de esta Corporación con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, ha establecido que bajo criterios de justicia y equidad la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios los cuales el trabajador no está obligado a soportar. La Sala considera que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y, las consecuencias negativas derivadas de tal circunstancia, concretadas en el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse, por concepto de mesada, una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario ordenar el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.”

La fórmula acogida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹³, para aplicar la actualización monetaria de la primera mesada pensional cuando un empleado se retira del servicio antes de llegar a la edad requerida en la ley y su pensión es reconocida tiempo después es la siguiente:

“La Ley 1437 de 18 de enero de 2011 por la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló el contenido de la sentencia y en el inciso final del artículo 187 dispone:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. (...) Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

Las disposiciones anteriores son la fuente normativa que regula el ajuste de valor de las condenas que se imponen por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora, la jurisprudencia de la Corporación¹⁴ sobre la actualización de las condenas y la corrección monetaria en el año 1990 dijo:

“... La corrección monetaria con referencia a ingresos provenientes de un trabajo no se estima con fundamento en la desvalorización del peso colombiano en relación con alguna moneda sino en relación con la variación del Índice de Precios al Consumidor en un periodo dado y no por el sistema de porcentajes acumulados, para cuyo efecto se toma el citado índice en el mes y año de la sentencia en concreto o del incidente regulador si aquella se pronunciare en abstracto y se divide por el índice del mes y año de la causación del perjuicio y el factor así obtenido se multiplica por el capital o la suma que se actualiza, que no es otro que el porcentaje del ingreso mensual que correspondiera al demandante a cuyo favor se profiere la sentencia. Por esto, en general, no es necesaria la práctica de una peritación, sino que probados los ingresos de la víctima y la vida probable de ésta en relación con quienes la sobreviven, así como la dependencia económica de éstos con aquella, le basta al juzgador aplicar las fórmulas de matemáticas que al efecto existen...”.

Lo señalado en la providencia anterior cuya parte pertinente se transcribió se concreta en la siguiente fórmula:

$$\text{Indice final} \\ VP = Vh \text{ -----}$$

¹³ M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 0432-2014.

¹⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. 7 de julio de 1990. Radicación No. 5980. Actor: Arcelia Tovar de Trujillo. Demandado: Nación – Policía Nacional.

Índice Inicial

Donde VP es el valor presente que se busca; Vh es el valor histórico, para el presente caso sería la mesada pensional reconocida; el Índice Final es el que certifique el DANE a la fecha de hacerse exigible la obligación y el Índice final es el vigente y certificado por la misma entidad a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Mediante la Sentencia de unificación SU1073/12, la Corte Constitucional concluyó que el derecho fundamental a la indexación de la primera mesada goza de un carácter de actualidad y en tal virtud es imprescriptible:

(...)

En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y su relación con el requisito de la inmediatez, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-042 de 2011 que la negativa a su reconocimiento "(...) puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo, siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción."

En este sentido, se debe entender que los casos objeto de análisis de la presente providencia, cumplen con este requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, puesto que todos los accionantes tienen una pensión de vejez reconocida, y están viendo negado su derecho a la indexación de su primera mesada pensional. Es así como, tratándose de un derecho fundamental imprescriptible, y habiendo cumplido los accionantes con el requisito de acudir previamente a la jurisdicción ordinaria, no entrará a analizar la Corte el tiempo transcurrido entre las decisiones que negaron el derecho a la indexación y la presentación de la acción de tutela por parte de los accionantes, pues en este caso se debe entender que la afectación al derecho fundamental tiene un carácter de actualidad."

Ahora, por medio de la sentencia T-098 de 4 de febrero de 2005 la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, definió la fórmula para indexar la primera mesada pensional, así:

"5. Fórmula que deberá aplicar el Citibank para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del actor.

El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último

año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 10 de diciembre de 1980. El Citibank Colombia procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, pues existe prueba en el expediente de que éstos fueron pagados.¹⁵

La suma insoluta o dejada de pagar, será objeto de ajuste al valor, desde la fecha en que se dejó de pagar hasta la notificación de esta sentencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al pensionado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de notificación de esta sentencia, entre el índice inicial, que es el vigente al causarse cada mesada pensional.

Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que devengó el actor sin actualizar, y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice aplicable es el vigente al causarse cada una de las prestaciones."

Posteriormente, a través de la Sentencia SU168/17, la Corte Constitucional sostuvo que la indexación de la primera mesada pensional se predica de todo tipo de pensión; es decir, tiene un carácter universal: (i) sin distinción del origen de la pensión, bien sea que tenga naturaleza legal, convencional o judicial; y (ii) sin importar si la pensión fue reconocida antes o después de la vigencia de la Constitución de 1991, también estableció que el término de prescripción se contabiliza de acuerdo a la sentencia que contabiliza el derecho:

"La fórmula para contar la prescripción de la indexación de la primera mesada pensional de las prestaciones causadas antes de 1991, es especial y fue señalada en la sentencia SU-1073 de 2012 y desarrollada por las sentencias SU-131 de 2013 y SU-415 de 2015. La sentencia SU-1073 de 2012, abordó el tratamiento desigual dado a la indexación de la primera mesada pensional cuando el reconocimiento del derecho pensional se producía con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional.

Para la Corte Constitucional, debido a la variedad interpretativa que predominaba en la jurisprudencia sobre este asunto, fue a partir de esa sentencia de unificación que se tuvo certeza sobre del derecho de quienes causaron su derecho pensional antes de 1991 a que se actualizara su primera mesada pensional. Ese reconocimiento generó nuevos interrogantes a resolver, en específico respecto a la forma de contabilizar los términos de prescripción para estos casos específicos.

En efecto, como fue a partir de ese pronunciamiento que se fijó la certeza del derecho a la indexación en relación con pensiones causadas antes de 1991, es sólo a partir de

¹⁵ Folios 167-175 del Cuaderno que contiene la actuación del proceso laboral en primera y segunda instancia.

aquella decisión de unificación que se tiene un derecho exigible en los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

En esa decisión, esta Corporación ponderó los intereses encontrados, no sólo de los derechos fundamentales de los tutelantes, sino también de los principios de seguridad jurídica y sostenibilidad financiera y fiscal del sistema pensional, y adoptó una fórmula que constituye regla para todos los casos similares que se resuelvan con posterioridad, tanto en la jurisdicción constitucional como en la laboral ordinaria. Por estas razones, la determinación del término de prescripción está condicionada por el momento en que se tiene certeza del derecho, interpretación que concuerda con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, la Corte manifestó que: "(...) pese al carácter universal del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas con anterioridad a 1991, hace que sólo a partir de esta decisión de unificación se genere un derecho cierto y exigible."

*No obstante, mediante la sentencia SU-131 de 2013[71] la Sala Plena estudió la tutela presentada contra la providencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual la autoridad judicial accionada resolvió, **entre otros, negar el reconocimiento de la indexación de una pensión sanción, por haber sido causada antes de la vigencia de la Constitución de 1991.***

En aquella ocasión, la Corte verificó la concurrencia de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y la configuración de un defecto por violación a la Constitución, en particular del derecho al mínimo vital y el principio de igualdad.

En consecuencia, la Sala Plena concedió el amparo y en cuanto a la prescripción de las mesadas, hizo referencia a la regla fijada en la sentencia SU-1073 de 2012, e indicó que de conformidad con la mencionada providencia, el término de prescripción debía contabilizarse a partir de la fecha de expedición de la sentencia que declara la existencia del derecho. En efecto, según la sentencia en cita, la prescripción se debe calcular, no a partir de la expedición de la SU-1073 de 2012, sino desde la sentencia SU-131 de 2013 que resolvió el caso particular del accionante. Así pues, la Sala Plena ordenó el pago retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la fecha de esa sentencia". (Resaltado fuera de texto)

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral a través de la Sentencia SL2515-2017 del 15 de febrero de 2017, resolvió un recurso extraordinario de casación, considerando que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones y que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento:

"Cabe aclarar que el criterio adocinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de

la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

De suerte que, para los fines de hallar el verdadero poder adquisitivo de la primigenia mesada pensional, la vigencia de la disposición legal con que se liquidó y calculó la pensión de jubilación del demandante, para el caso el Decreto 2701 de 1988, no tiene la transcendencia que le imprime el censor, si se tiene en cuenta que lo que persigue -la indexación-, no es aumentar o incrementar el ingreso base de liquidación de la prestación pensional, sino mantener su valor real.”

De cara a la fórmula para la indexación de la primera mesada la Corte Suprema de Justicia ha adoptado el mismo criterio¹⁶ que señaló la Corte Constitucional, a través de la T-098 de 4 de febrero de 2005.

Así las cosas, en asuntos como el presente puede acudir al concepto de equidad y justicia para sustentar el ajuste de valor o indexación de las sumas que han de constituir la mesada pensional, dado que en un régimen de seguridad social concebido bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como lo prevé la Constitución, la pensión de jubilación ocupa un lugar privilegiado ya que constituye el ahorro que el trabajador ha realizado durante su vida laboral útil con la finalidad de garantizar su subsistencia, al alcanzar la tercera edad, en condiciones dignas y justas.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tomando para su liquidación sumas empobrecidas por los efectos inflacionarios, resulta contrario a los postulados anotados y constituye una desprotección de las personas de la tercera edad, cuyos derechos están constitucionalmente privilegiados, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Constitución Política que a la letra dice:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

CASO CONCRETO.

¹⁶ Sentencia SL2578-2017 de 15 de febrero de 2017

i) Sobre la pretensión de reconocimiento pensional, con fundamento en la Ley 33 de 1985

La actora actualmente es beneficiaria de la pensión especial de vejez en calidad de “madre de hijo inválido”, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 18505 del 13 de septiembre de 2004, posteriormente, reliquidada a través de la Resolución No. 35780 del 25 de julio de 2006 (fl. 18).

Tal y como se advirtió en el marco jurídico la pensión especial por la condición de madre o padre de hijo inválido se reconoce en principio, de forma vitalicia, salvo que ocurra alguna de las siguientes situaciones, evento en el cual se suspende el pago de la pensión:

- i) que el hijo se recupere o disminuya su pérdida de capacidad laboral, de manera que con el nuevo porcentaje ya no sea considerado inválido,
- ii) que, por algún motivo, el hijo a pesar de seguir siendo inválido, deje de depender económicamente del padre o madre;
- iii) que a pesar de que el hijo siga siendo inválido y siga dependiendo económicamente del padre o madre, éste ingrese nuevamente al mercado laboral.

Circunstancias que conllevan a que la madre o el padre, según el caso, deban conseguir nuevamente un trabajo para subsistir o esperar a cumplir con la edad requerida para obtener la pensión ordinaria de vejez.

No obstante, este es no es el escenario que ocupa la atención del Despacho, toda vez que la actora pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio junto con la indexación de la primera mesada, y de la Resolución RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, por la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirma la decisión recurrida, al considerar que cumplió la edad requerida para el reconocimiento de la pensión ordinaria de vejez, con base en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición.

Bajo esos supuestos, entiende el Despacho que la actora debe probar el cumplimiento de los requisitos de la pensión ordinaria de vejez, bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, para que sea reemplazada la que ahora devenga, lo anterior, en razón a que la naturaleza

de la pensión de vejez por la condición de madre de hijo inválido, no es definitiva, por cuanto está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones en el tiempo, y para el presente caso, lo que se pretende es el reconocimiento del derecho pensional como contraprestación de haber trabajado como empleada pública al servicio del Estado por más de 20 años y haber completado la edad requerida, sin tener que acudir a la invalidez de su hijo para continuar devengando el derecho pensional.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1° de abril de 1994, para los empleados del orden Nacional, fecha para la cual la señora Yolanda Gómez Obando tenía 36 años de edad, pues nació el 11 de septiembre de 1956, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 6 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo **consideró** la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales UGPP en la Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez a la actora, sin embargo, concluyó *"(...) es preciso indicar que la peticionaria se encuentra cobijada por la Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 (...) es pertinente aclarar que la liquidación se efectúa con el tiempo que le hiciera falta para cumplir el status jurídico de pensionado o los últimos 10 años y los factores de base para calcular la liquidación son los establecidos en el decreto 1158 de 1994 las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se rigen por lo establecido en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que la reglamentan (fl. 18)"* (Fl. 15).

Argumentos que fueron confirmados por la entidad a través de la Resolución No. RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015 que resolvió el recurso de apelación, en los siguientes términos: *"(...) la solicitante se encuentra disfrutando una pensión especial en calidad de madre de hijo inválido, motivo por el cual se pensionó con el 69% y posteriormente se reliquidó y aplicó el 71% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y los factores salariales que se deben tener en cuenta en la liquidación indicados en la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario el Decreto 1158 de 1994 que no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización únicamente los que se encuentran en forma*

taxativa en la norma anterior. (...) que revisas la Resolución No. 35780 del 25 de julio de 2006 la misma se encuentra acorde a derecho, toda vez que se tuvieron en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994, el cual no contempla la prima de vacaciones, la prima de navidad, ni la prima de servicios, por tanto no fueron tenidos en cuenta (...)". (fl. 18)

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a la posición adoptada por el Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de remplazo proferida por la Sección Segunda el 9 de febrero de 2017, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Así las cosas, de conformidad con la certificación emitida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana Regional Bogotá, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Fls.8 y 8), la señora Yolanda Gómez Obando laboró al servicio del Instituto desde el 12 de enero de 1982 al 29 de noviembre de 2004, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 y el 29 de noviembre de 2004.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados entre el 30 de noviembre de 2003 y el 29 de noviembre de 2004, relacionados en la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana Regional Bogotá, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según la cual, la actora percibió: sueldo básico, bonificación de servicios prestados, bonificación de junio, bonificación de diciembre y prima de vacaciones.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad de la Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio junto con la indexación de la primera mesada y de la Resolución RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, por la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirma la decisión recurrida.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección social, a reconocer la pensión ordinaria de vejez a la señora Yolanda Gómez Obando con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 y el 29 de noviembre de 2004, a saber: además del sueldo básico, bonificación de servicios prestados, bonificación de junio, bonificación de diciembre y prima de vacaciones.

Se advierte que el reconocimiento se efectuará sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios, en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Ahora bien, el criterio adoptado por el Despacho sobre el cual se advierte que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de un servidor público que hace parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe efectuarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tiene como fundamento efectivizar los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad a favor de los trabajadores.

Vale la pena precisar, que en atención a que la actora está devengando actualmente la pensión especial de vejez por la condición de madre de hijo inválido, deben solo reconocerse las diferencias que resultaren del reconocimiento que se efectúa en esta providencia.

En virtud de lo anterior, es necesario precisar que se debe **SUSPENDER** la pensión especial de vejez en calidad de madre de hijo inválido, que actualmente devenga la actora, al momento que se efectuó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de vejez por parte de la entidad demandada, en cumplimiento de esta providencia.

De esa manera, teniendo en cuenta lo establecido en los principios de favorabilidad e indubio pro operario, resulta a todas luces más beneficioso al trabajador la interpretación según la cual su pensión que es la contingencia que va a cubrir sus necesidades respecto a su vejez, deba liquidarse con base en los factores salariales percibidos durante el último año de servicios y no del promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

De la mano de lo anterior, no hay que olvidar que el juez administrativo se encuentra en la obligación de dar plena aplicación a las disposiciones que hacen parte del bloque de

constitucionalidad y que para asuntos laborales tiene especial relevancia lo estipulado en el artículo 53 ibídem.

Así sobre el tema bajo estudio, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio pro homine, el cual indica que toda interpretación legal, judicial y/o administrativa debe hacerse siempre a favor del bienestar individual del ser humano, así en tratándose de los trabajadores debe darse prevalencia aquella aplicación que lo favorezca más y que garantice el cubrimiento de las contingencias que se puede generar a futuro, como por ejemplo, la vejez.

En efecto, cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el asunto estaría en contra del principio favorabilidad, indubio pro operario y de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

Además, en el asunto se atendieron las disposiciones legales, lo que hace que tal reconocimiento sea compatible con el ordenamiento jurídico, sin que de lugar a vulneración alguna de las disposiciones contenidas en la Constitución Política ni que se incurra en abuso del derecho, pues no es arbitrario ni desproporcional acceder a la prestación reclamada.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios el 12 de mayo de 2015, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 12 de mayo de 2012.

Las diferencias en las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción¹⁷, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

*Por lo tanto, para la Sala es claro que **una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.***^(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

¹⁷ Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: "El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas. (...)

(...)" (Negrillas fuera de texto)

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad¹⁸ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

"(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta***

¹⁸ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse “con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios” en los que efectivamente los haya devengado.

Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.

(...). (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

ii) Sobre la pretensión de indexación de la primera mesada

Para establecer si la señora Yolanda Gómez Obando tiene derecho a lo pretendido, se tiene que la actora fue retirada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el día 29 de noviembre de 2004 (fl.7); y que mediante esta sentencia se le reconoció pensión ordinaria de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, a partir del 12 de mayo de 2012.

Dentro de la Resolución No. RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, la entidad demandada manifestó: *“(...) es necesario informarle al peticionario que solo procede la indexación que solicita cuando medie una sentencia judicial”.* (fl. 19 vuelto).

En efecto, se encuentra que entre la fecha del retiro, el 29 de noviembre de 2004, y la de reconocimiento pensional, transcurrieron casi 8 años.

Conforme a lo indicado en el marco jurisprudencial de esta providencia, la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, para lo cual existen dos actualizaciones que deben realizarse, a saber, la primera es la actualización del promedio de lo devengado en el último año de servicio y la segunda es la actualización para el momento de la expedición

del acto que reconoció el derecho pensional, con el fin de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, es procedente dicho reconocimiento, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la demandada, a actualizar la primera mesada pensional de la señora Yolanda Gómez Obando.

La fórmula para la actualización de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante es¹⁹:

$$VP = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde VP es el valor presente que se busca; Vh es el valor histórico, para el presente caso sería la mesada pensional reconocida; el Índice Final es el que certifique el DANE a la fecha de hacerse exigible la obligación y el Índice final es el vigente y certificado por la misma entidad a la fecha de ejecutoria de la sentencia.”

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, en el asunto de la referencia, se acoge lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU168/17, cuando indicó que el término de prescripción debe contabilizarse a partir de la fecha de expedición de la sentencia que declara la existencia del derecho. Que para el presente caso es el 24 de octubre de 2017.

En consecuencia, se pagará el retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la fecha de esa sentencia, en virtud de la prescripción trienal, es decir, desde el **24 de octubre de 2014**.

¹⁹ Esta fórmula ha sido acogida en diversas sentencias de Consejo de Estado como por ejemplo la proferida el 18 de febrero de 2010 por la Subsección A de la Sección Segunda con ponencia del Consejero de Estado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1020-08; y por la Subsección B de la misma Sección, en la sentencia de 7 de febrero de 2013, con ponencia del Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0268-12

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 039520 del 25 de septiembre de 2015, y de la Resolución RDP 053590 del 15 de diciembre de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP, de acuerdo a la parte motiva.

SEGUNDO. - Declarar probada la excepción de prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 12 de mayo de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. - Declarar probada la excepción de prescripción de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, causadas con anterioridad al 24 de octubre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP a reconocer y pagar la pensión la señora Yolanda Gómez Obando, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.683.335 de Bogotá, en los términos de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 y el 29 de noviembre de 2004, a saber: además del sueldo básico, bonificación de servicios prestados, bonificación de junio, bonificación de diciembre y prima de vacaciones, a partir del 12 de mayo de 2012, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados,

en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - Las diferencias entre los valores que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SIXTO. - SUSPENDER la pensión especial de vejez en calidad de madre de hijo inválido, a partir del reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de vejez, por parte de la entidad demandada, ordenada a través de esta providencia.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales, UGPP a i) actualizar la primera mesada pensional de la señora Yolanda Gómez Obando identificada con cédula de ciudadanía No. 41.683.335 de Bogotá y a ii) pagar el retroactivo de las diferencias entre los valores efectivamente recibidos y el valor de la mesada indexada, comprendidos en los tres años anteriores contados a partir de la fecha de esa sentencia, en virtud la prescripción trienal, es decir, a partir del 24 de octubre de 2014.

La fórmula para la actualización de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante es:

$$VP = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde VP es el valor presente que se busca; Vh es el valor histórico, para el presente caso sería la mesada pensional reconocida; el Índice Final es el que certifique el DANE a la fecha de hacerse exigible la obligación y el Índice inicial es el vigente y certificado por la misma entidad a la fecha de ejecutoria de la sentencia."

OCTAVO.- Sin lugar a condena en costas.

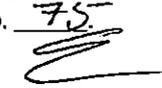
NOVENO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DECIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

Y

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 25 de OCTUBRE de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>75</u></p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
--