



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

Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00428-00  
Demandante: **MARÍA DEL TRÁNSITO MONTENEGRO CASTILLO**  
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones –  
COLPENSIONES**  
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho interpuesto por la señora María del Tránsito Montenegro Castillo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones.

**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 accionante actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. GNR 375827 del 24 de noviembre de 2015; (ii) Resolución No. GNR 17667 del 21 de enero de 2016 y; (iii) ficto negativo que surgió por la falta de contestación al recurso de apelación interpuesto por el sujeto activo en contra del primer acto administrativo, a través de los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios según los términos de la Ley 33 de 1985, el pago de la indexación y que se dé cumplimiento a la sentencia según los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.37 a 38):

La accionante nació el 16 de agosto de 1952 y que se vinculó al Estado en calidad de empleada pública desde el 10 de agosto de 1976 hasta el 11 de agosto de 2008.

El ISS a través de Resolución No. 06325 del 18 de febrero de 2008, reconoció pensión de vejez a la demandante condicionando el disfrute de la misma hasta que se acreditara el retiro del servicio.

El 17 de octubre de 2008, el ISS mediante la Resolución No. 048749 ingresó en nómina de pensionados a la actora luego de acreditarse el retiro del servicio.

La demandante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito el 27 de mayo de 2015 en el cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez según los términos de la Ley 33 de 1985.

COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 375827 del 24 de noviembre de 2015 accedió parcialmente a la anterior petición.

Por lo anterior, la actora interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación el 28 de diciembre de 2015.

El recurso de reposición fue desatado mediante la Resolución No. GNR 17667 del 21 de enero de 2016, mientras respecto al de apelación guardó silencio.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2, 25, 29, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, Ley 57 1887, Ley 153 de 1887, Ley 4 de 1966, Ley 5 de 1969, Ley 33 de 1985 y Ley 1437 de 2011.

Señaló que la entidad demandada con los actos administrativos acusados infringió los mandatos jurídicos mencionados, teniendo en cuenta que la base de liquidación pensional debe estar constituida por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Adujo que el Despacho debe darle aplicación al precedente establecido por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, en el cual se indicó que a efectos de liquidar las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición deben tenerse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En ese sentido, solicitó que se acceda a la reliquidación de la pensión que devenga la demandante con base en el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 69 a 73).

El apoderado 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, es decir, Ley 33 de 1985 y 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"*, la presenta como norma general contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación sin que con ello se esté reconociendo algún derecho a la parte actora; (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 INNOMINADA"*, al solicitar que se declare la prosperidad de cualquier otra excepción que se encuentre demostrada en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, al precisar que la entidad que representa reconoció el derecho de la actora de conformidad con lo establecido por la Ley.

**DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan 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.** En la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de junio de 2018 (fl.81), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 16 y 32 segundos hasta el minuto 21 y 13 segundos y la demandada del minuto 21 y 33 segundos hasta el minuto 23 y 36 segundos de la grabación visible a folio 88 del expediente.

La representante del Ministerio Público rindió concepto del minuto 24 y 14 segundos hasta el minuto 34 y 10 segundos de la 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 JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada el 21 de junio de 2018 (Fl.82), se determinó que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuró el silencio administrativo negativo respecto al recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo que negó la reliquidación solicitada?

2. ¿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?

## **2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.**

- a. Copia simple de la Resolución No. 0006325 del 18 de febrero de 2008 mediante el cual el ISS reconoció pensión de vejez a la parte actora (fls.2 a 4).
- b. Copia simple de la Resolución No. 048749 del 17 de octubre de 2008 a través de la cual el ISS ingresó en nómina de pensionados a la parte actora (fls.5 a 6).
- c. Resolución No. GNR 375827 del 24 de noviembre de 2015 proferido por COLPENSIONES mediante el cual accedió parcialmente a la petición de reliquidación pensional elevada por la accionante (fls.12 a 17).
- d. Recurso de reposición en subsidio de apelación presentado por la demandante en contra del anterior acto administrativo (fls.18 a 20).
- e. Resolución No. GNR 17667 del 21 de enero de 2016 a través del cual COLPENSIONES resolvió negativamente el anterior recurso de reposición (fls.22 a 24).
- f. Certificado de los factores salariales devengados por la accionante en el último año de servicios (fl.31).
- g. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora María del Tránsito Montenegro Castillo (fl.35).

## **3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar al silencio administrativo y su consagración legal para luego traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de

Estado respecto a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

## DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

### Silencio Administrativo

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora es de fecha 28 de diciembre de 2015 (fl.18), a efectos de determinar si existe o no silencio administrativo debe tenerse en cuenta los términos establecidos en la Ley 1437 de 2011.

En ese sentido, el silencio administrativo en recursos se encuentra consagrado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 86. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.*

*El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.*

*La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo en tratándose de recursos se configura pasados 2 meses sin que la entidad ante quien se radicó el medio de impugnación notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

*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.

#### **Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante variación en el Sistema de Fuentes.**

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la *ratio decidendi* determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas<sup>2</sup> las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a

---

<sup>2</sup> Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fé y confianza legítima.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

*"La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales. En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas."* (Negrillas fuera de texto)

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha indicado que el precedente implica que "un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación."<sup>3</sup>

El precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido uno o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

Al respecto la Corte constitucional en sentencia T-794 de 2011 expuso:

*"Precedente horizontal. Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas formulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: "(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser 'razonablemente previsibles'; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de 'disciplina judicial', en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial."*

*Precedente vertical. Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la*

<sup>3</sup> T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

*mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.*

*En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados."*

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10<sup>4</sup>, 102<sup>5</sup>, 256<sup>6</sup>, 269<sup>7</sup> y 270<sup>8</sup> mecanismos, recursos y formas de aplicación de las sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

---

<sup>4</sup> ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

<sup>8</sup> Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

### **Precedente vertical respecto al IBL de la pensión de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**

La atención del Despacho se centra en realizar un comparativo entre las posiciones adoptadas, de una parte por el Consejo de Estado, y de otra por la Corte Constitucional, con el objeto de determinar si a las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de su pensión, les es aplicable lo dispuesto en el régimen anterior, es decir el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese periodo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1985 (y demás normas que regulen el régimen de transición), o si por el contrario el IBL que reglamenta la liquidación de la pensión de esas personas está por fuera del régimen de transición y, en consecuencia, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores a la adquisición del derecho pensional con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

### **Precedente Consejo de Estado**

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 jurisprudencial en cuanto que los servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que su pensión sea liquidada con la tasa de reemplazo y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general) señalados en el régimen transicional, indicando que en tratándose de los servidores cuya situación concreta y particular se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, los factores allí distinguidos son enunciativos por lo que el IBL estará compuesto por todos aquellos conceptos que hicieron parte de la contraprestación directa del servicio en el último año sin importar que no estuvieran contenidos taxativamente en la Ley referida. Así indicó:

*“(...) 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."<sup>9</sup> (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 (...)"<sup>10</sup> (Negrillas fuera de texto).*

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron de manera pacífica la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1985) tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que el análisis jurídico se centró en determinar los factores que debían o no ser incluidos dentro del IBL.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Rincón<sup>11</sup>, ratificó lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en cuanto que el IBL se encontraba determinado por el régimen de transición y centro su análisis en definir dos criterios diferenciadores para establecer si un emolumento que había sido percibido en el último año de servicio debía o no incluirse como base de liquidación 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.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado 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 sólo está integrado por el porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo) establecida en el régimen transicional, sino también por el ingreso base de liquidación que se encuentra conformado por la totalidad de los factores salariales:

*“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).*

(...)

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, MP. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

En esa misma providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que el análisis que se realiza es respecto al régimen de transición de los servidores públicos (como juez natural), por lo cual el único precedente constitucional aplicable a casos análogos es aquel que haga referencia explícita a esos funcionarios públicos. Sobre este punto explicó:

*“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 (...)”.*

Luego, 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, ratificó lo hasta aquí expuesto bajo los siguientes argumentos:

*“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 (...)*. (Negrillas extra texto)

Posteriormente, teniendo en cuenta la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la cual ordenó proferir una nueva sentencia en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, expedida a la Sección Segunda de esa Corporación, dicha Sección en cumplimiento de esa orden expuso en providencia del 9 de febrero de 2017, lo siguiente:

*“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 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.”*

Conforme lo anterior, a pesar que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sección Quinta, dejó en claro que ello no implicaba una variación en su postura respecto a que el concepto de monto se encuentra cobijado bajo el régimen de transición, esto es, tanto la tasa de reemplazo y el IBL conformado por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general).

Después del pronunciamiento de tutela del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta 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 la tutela referida para acoger en su integridad el establecido por la Sección Segunda.

Finalmente, el Consejo de Estado mediante providencia del 29 de agosto de 2017, decidió avocar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del proceso No. 2012-00143-01, con el fin de unificar la posición de esa Corporación en torno al ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, definiendo dos subtemas principales: (i) periodo de liquidación del IBL y (ii) factores salariales del IBL, sentencia de unificación que hasta la fecha no ha sido proferida.

### **Precedente Corte Constitucional**

El estudio de la Corte Constitucional respecto al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comenzó a realizar a través de la Sentencia C-165 de 1994 en la cual se determinó que las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, semanas de cotización o tiempo de servicios presentados. No obstante, respecto a lo demás se estaría a lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. Sobre el particular la providencia anotada expresó:

*" (...) dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley". (Negritas del Despacho)*

De la lectura de la anterior providencia, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró que el régimen de transición tiene en cuenta la edad, tiempo de prestación de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, el ingreso base de liquidación se liquida con base en los lineamientos generales establecidos en el régimen general, esto es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional en auto 229 del 10 de mayo de 2017 como argumento para declarar la nulidad de la sentencia T- 615 de 2016, señaló:

*“La Corte también valoró el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas sujetas al régimen de transición de manera específica. Concretamente, la Corporación analizó las condiciones estipuladas en el mencionado inciso, entendiéndolo, desde ese momento, que las reglas allí previstas para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y, por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.*

*Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. (...)*

*Es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.*

*Asimismo, luego del estudio de la sentencia cuya nulidad se solicita, la Corte constata que la providencia no tuvo en cuenta el precedente constitucional, según el cual, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. No solo porque este criterio surge con las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-168 de 1995, sino porque la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993 constituye la línea jurisprudencial consolidada, imperante y en vigor de esta Corporación.*

*En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el IBL es un elemento que debe calcularse de conformidad con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con los criterios consignados en la legislación anterior. Esta pauta surge con la Sentencia C-168 de 1995, donde por primera vez la Sala Plena de la Corporación emite un pronunciamiento de fondo en la materia. Dicha sentencia, constituye la posición de la Corte respecto de la forma cómo debe aplicarse el IBL, la cual, con posterioridad, a través de la solución de casos particulares (...)*  
*(Negrillas fuera de texto).*

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013 declaró la inexecutable parcial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 (disposición normativa que regula el régimen especial de pensiones de los congresistas y magistrados de altas cortes), indicó que el IBL no integraba el régimen de transición y por lo tanto las pensiones de ese grupo debían liquidarse según los términos del inciso tercero del artículo 36 y el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

No obstante, la referida Corporación fue enfática en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013, que las sub reglas de derecho derivadas de la *ratio decidendi* eran aplicables sólo respecto a las personas beneficiarias del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 esto es a los congresistas y magistrados de altas cortes.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-230 de 2015 bajo el trámite de revisión de tutela al estudiar el caso de una persona que había

trabajado para el sector privado y que era beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 en el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral había ordenado liquidar su pensión con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 bajo el fundamento que la *ratio decidendi* de esa providencia era un criterio en abstracto y de obligatorio cumplimiento para los jueces, por lo cual en todos los eventos en los cuales se discutiera el IBL de una persona beneficiaria del régimen de transición debía tenerse en cuenta las subreglas establecidas en dicha sentencia, motivo que lo llevo a confirmar las decisiones proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Así, para mayor claridad se citan algunos apartes de la sentencia SU – 230 de 2015:

*"(...) 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."*

Luego, el máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia SU – 427 de 2016 al estudiar un acción de tutela interpuesta por una persona contra las decisiones de la Jurisdicción ordinaria Laboral, señaló que el régimen de transición incluye los conceptos de edad, tiempos de servicio y monto entendido como tasa de reemplazo, lo que significa que el IBL debe efectuarse conforme al régimen señalado en la Ley 100 de 1993, para el efecto señaló la anotada sentencia que una interpretación contraria podría *"derivar en un abuso del derecho 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”.*

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017 al estudiar en sede de revisión casos particulares de servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto sus prestaciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reiteró que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme lo señalado en los artículos 34 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993.

### **Prevalencia del precedente de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las del Consejo de Estado.**

Conforme hasta lo aquí expuesto, existe una clara distinción entre la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a si el IBL es objeto del régimen de transición.

Así, mientras el Consejo de Estado sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad y no regresividad laboral el concepto de monto no sólo recoge la tasa de reemplazo a aplicar sino el IBL, la Corte Constitucional en respeto al principio de sostenibilidad financiera indica que el régimen transicional sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las normas generales de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario jurídico, surge el interrogante sobre que precedente jurisprudencial se debe seguir, esto ateniendo que ambos son precedentes verticales de obligatorio cumplimiento conforme a lo expuesto en el artículo 230 de la Constitución Política y la variación en el sistema de fuentes al que se encuentra atado el operador jurídico.

Al respecto, el Juzgado considera necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 en las cuales se declaró exequibles los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y en las que se resaltó que en caso de controversia entre una sentencia de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se aplicará de manera preferente la de esta

última atendiendo su papel de intérprete auténtico de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política como norma de normas (artículo 4 C.P.) del sistema jurídico Colombiano.

Así, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional decidió emitir una sentencia aditiva al señalar que las autoridades administrativas y judiciales al momento de dar aplicación a una sentencia de unificación del Consejo de Estado deberá dar aplicación preferente a las sentencias dictadas por el máximo tribunal constitucional en sede de tutela o en control abstracto de constitucionalidad en virtud de la prevalencia de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes y del papel de la Corte como intérprete auténtico de la norma superior.

A continuación se transcriben algunos apartes de la sentencia C-634 de 2011:

*“De otro lado, la inclusión del precedente constitucional en el precepto analizado resulta obligatoria para el legislador, pues ello se colige de los principios de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional, conforme lo expuesto esta sentencia. Así, se cumple con la segunda condición para la verificación de omisiones legislativas relativas. Ahora bien, es importante destacar que la misma norma acusada determina, como no podía ser de otro modo, que las autoridades administrativas están sometidas a la aplicación uniforme de las normas constitucionales. Quiere ello decir, según los fundamentos jurídicos precedentes, que ese deber incorpora la obligación que dichas autoridades utilicen las reglas de derecho, derivadas de la jurisprudencia constitucional, que fijan el contenido y alcance de las normas de la Carta Política. Lo contrario significaría desconocer el artículo 241 C.P., norma que confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Este precepto, junto con el artículo 243 C.P., no son fórmulas retóricas del Estatuto Superior, sino la fuente normativa del carácter autorizado y vinculante de las subreglas jurisprudenciales creadas por esta Corporación. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales.*

*Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesidas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.” (Negritas fuera del texto)*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 resaltó nuevamente que sus sentencias deberán ser aplicadas de forma preferente y prevalente respecto a las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado. En la providencia referida la Corporación Constitucional expuso:

*"La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutoria de esta sentencia (...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia" (Negrillas fuera de texto)*

En ese orden de ideas, resulta claro que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en caso que existan dos criterios unificadores contrarios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, deberá aplicarse el expuesto por la Máxima Corporación Constitucional dado a su papel de interprete auténtico de la norma de normas y por ende de todas las disposiciones legales sobre las cuales se aplique una interpretación a la luz de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política.

## **CASO CONCRETO.**

Entra el Juzgado a resolver los interrogantes formulados en el problema jurídico, esto es en primer lugar si se encuentra configurado el silencio administrativo que dio origen al acto ficto por no darse respuesta al recurso de apelación interpuesto por la accionante el 28 de diciembre de 2015, para luego analizar si le asiste derecho a dicho sujeto procesal a la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

### **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 encuentra demostrado que la señora María del Tránsito Montenegro Castillo radicó recurso de apelación ante la accionada el 28 de diciembre de 2015<sup>12</sup> (fl.18), sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto el 28 de enero de 2016 según lo consagrado en el artículo 86 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 COLPENSIONES el 28 de diciembre de 2015.

#### **Reliquidación Pensional.**

El Juzgado resalta que con anterioridad se acogía en su integridad la tesis del Consejo de Estado según la cual el régimen de transición cobijaba tanto la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el Ingreso base de liquidación. No obstante, con base en el expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, en cumplimiento del artículo el 7º del CGP<sup>13</sup> aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente<sup>14</sup>, el Despacho pasa a exponer las razones por las cuales cambia su posición y decide aplicar las subreglas de derecho establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017.

---

<sup>12</sup> Se advierte que si bien en el escrito visible a folio 18 del plenario se lee que el extremo activo sólo interpuso el recurso de reposición en contra de la Resolución No. GNR 375827 del 24 de noviembre de 2015, la accionada al momento de resolver ese recurso tanto en la parte motiva como en la resolutive indicó que también se había interpuesto recurso de apelación con ese escrito, motivo por el cual el Despacho toma la referida fecha como de radicación del mencionado recurso de alzada.

<sup>13</sup> "Artículo 7: Legalidad (...)

*Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos" (Negrillas fuera del texto original)*

<sup>14</sup> De esa manera si el juez desea apartarse de un determinado precedente debe cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es exponer con claridad las razones por las cuales se aparta de ese precedente, porque no es aplicable al caso en concreto y porqué una aplicación distinta a ese precedente en ese asunto optimiza de mayor medida los derechos consagrados en la constitución política bajo el principio de razón suficiente. Para el efecto ver la sentencia T-116 de 2016.

## Cumplimiento del precedente vertical dictado por la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación

Conforme se indicó, para que se considere que las subreglas establecidas en una sentencia proferida por la Corte Constitucional es necesario que se acredite que: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional similar y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver posteriormente<sup>15</sup>. Es decir, que exista una identidad fáctica, jurídica y causal sobre el caso antes decidido.

Por lo expuesto, el Juzgado resalta que sólo la sentencia SU-395 de 2017 se ajusta a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para que se constituya como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento respecto a la tesis según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición y por lo tanto los servidores públicos que son beneficiarios de ese régimen a efectos de la liquidación y reliquidación de su pensión deben atender lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto si bien en la sentencia C-165 de 1994, se hizo referencia respecto a que sólo es objeto de transición la edad y el tiempo de servicios y lo demás se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, esta posición no fue pacífica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo establecido por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-210 de 2017 en el cual indicó:

*“Sobre este tema, la Corte ha precisado que en los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, razón por la cual, se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.*

*Así por ejemplo, en la Sentencia C-168 de 1995, que declaró la inexecutable de un segmento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecía, para efectos de la liquidación de la pensión, un tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, la Corte no hizo ningún pronunciamiento sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de ingreso base de liquidación. Posteriormente, en las Sentencias C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, que declararon inexecutable las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003 al inciso*

<sup>15</sup> Ver T 292 de 2006.

*segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación tampoco abordó lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición.*

***Solamente, hasta el pronunciamiento realizado en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación, en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (...) ” (Negrillas fuera de texto)***

En ese orden de ideas, no se podía considerar como precedente jurisprudencial la sentencia C-165 de 1994, ya que existía discusión respecto a si la misma se había o no referido al IBL de las personas beneficiarias del régimen de transición.

Respecto a la sentencia C-258 de 2013, como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, en ese asunto se estudió el régimen especial de los congresistas y magistrados de altas Cortes, razón por la cual las subreglas establecidas no son aplicables como precedentes a los casos en los cuales se discuta la forma de liquidar el IBL de los servidores públicos distintos a ese grupo beneficiarios del régimen de transición, ya que por disposición expresa de la misma Corte Constitucional ese criterio interpretativo sólo se aplica al referido grupo.

A igual conclusión se llega respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU - 427 de 2016, toda vez que en esas oportunidades la Corte Constitucional estudio eventos resueltos por la Jurisdicción Ordinaria Laboral que dentro de sus competencias había decidido que el IBL no hacía parte del régimen transicional, posición que fue respaldada por el Máximo Tribunal Constitucional.

En efecto, al advertirse que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es el juez natural de los temas pensionales de los servidores públicos no les es aplicable las reglas previstas para trabajadores oficiales y ordinarios cuyas controversias las resuelve la Jurisdicción Ordinaria a través de su especialidad laboral, motivo por el cual las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no se configuraron como “precedente unificador” para este Despacho.

Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especial del INPEC, para concluir

que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuenta las reglas generales de la Ley 100 de 1993 (promedio de los últimos 10 años).

En ese orden de ideas, al existir precedente de la Corte Constitucional respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición, distinto a la tesis expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, deberá darse plena aplicación a lo expuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y teniendo en cuenta su papel de interprete autorizado de la Constitución Política su precedente es de obligatorio cumplimiento respecto a los emitidos por los demás órganos de cierre.

Por lo anterior, el Juzgado acoge en su integridad el precedente establecido por la Corte Constitucional, no sólo por su carácter prevalente si no por las razones que pasan a exponerse.

#### **Fundamentos que tuvo el Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado para aplicar en su integridad el régimen de transición.**

Dentro del discurrir argumentativo de esta providencia, se ha establecido que este Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado ha manifestado que en virtud de los principios de inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad laboral y *pro homine* concluyó que el IBL también es objeto dentro del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad<sup>16</sup>, sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a ese principio al determinar que por un lado se establece el beneficio del régimen de transición respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el IBL se establece con el régimen general; toda vez que se está dando aplicación plena y en su integridad a la Ley 100 de 1993, que en la totalidad de su artículo 36 consagró el régimen de transición y los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios,

<sup>16</sup> Corte Constitucional sentencia T-832A-I3

(iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se reitera deberá efectuarse con base en los criterios generales del Sistema General de Pensiones.

Sobre el principio de progresividad y no regresividad laboral, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que los Estados deben progresivamente efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales y está prohibido todo retroceso en un derecho que se haya alcanzado.

Al respecto, advierte el Despacho que la tesis según la cual el IBL hace parte del régimen de transición ha sido defendida por el Consejo de Estado dentro de sus competencias. No obstante, no se había realizado una mirada constitucional por parte del intérprete autorizado de la Constitución Política respecto al tema en estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema *sub examine* estudio bajo el escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones constitucionales, ha mantenido una línea uniforme (C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU – 210 de 2017 y SU – 395 de 2017) respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En ese orden de ideas, en primer lugar, no se puede argumentar que existe un derecho adquirido bajo la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición ya que esa calidad se adquiere cuando la persona cumple con todos los requisitos legales para acceder a una pensión con la aplicación completa de su régimen sin que sea plausible una modificación y/o extensión de beneficios por fuera del marco de acción otorgado por el legislador por vía jurisprudencial.

En segundo lugar, bajo la mirada constitucional del intérprete autorizado de la Constitución, la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la norma superior, es aquella según la cual el IBL no es objeto del régimen transicional: (i) porque permite por un lado que las personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por otra parte, respecto al principio *pro homine* o pro persona dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que este tiene dos manifestaciones o reglas principales: (i) preferencia interpretativa y (ii) preferencia de normas<sup>17</sup>.

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Frente a estos últimos, se tiene que la interpretación de Convenios de Derechos Humanos y normas nacionales siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se ajuste a los principios señalados en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la preferencia de normas se entiende como la aplicación de aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador, en caso de que resulten dos o más normas aplicables a un mismo asunto.

Ahora bien, en Colombia el principio *pro homine*, en el plano laboral ha tenido plena aplicación en el principio protector recogido por la Constitución Política en el artículo 53, al consagrar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*.

Así las cosas, el principio de favorabilidad hace referencia que ante la existencia de dos o más normas aplicables al caso en concreto deberá preferirse aquella que más favorezca al trabajador;<sup>18</sup> y el *indubio pro operario* hace referencia que ante dos o más interpretaciones posibles respecto a una norma deberá aplicarse aquella que más beneficie al empleado<sup>19</sup>.

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición pues este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley

---

<sup>17</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, publicada por la Fundación Konrad Adenauer dentro del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Colombia, año 2014, ISBN 978-607-468-599-2, pag. 706-712.

<sup>18</sup> Para el Efecto. Ver T-559/11

<sup>19</sup> Para el Efecto. Ver T-730/14

100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias de ese régimen se efectúa con base en los criterios generales de la referida Ley.

Respecto al principio de *indubio pro operario*, señala el Juzgado que si bien a primera vista resulta más beneficiosa la interpretación según la cual el IBL es objeto de transición, conforme se indicó bajo el criterio de preferencia interpretativo extensivo y restringido, lo cierto es que el operador jurídico debe encontrar un equilibrio entre las normas que integran la Constitución Política; valoración que efectuó la Corte Constitucional como interprete autorizado en las sentencias citadas y en donde concluyó que en pro de salvaguardar los principios en disputa (sostenibilidad financiera y seguridad social de las personas beneficiarias del régimen de transición) es más ajustada a los principios y derechos de la norma superior la lectura según la cual el IBL no está sujeto a transición.

Lo anterior se reitera porque: i) permite por un lado que las personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo<sup>20</sup> con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por todo lo expuesto, el Juzgado acoge en su integridad el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según el cual el régimen de transición sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en los criterios generales establecidos en la Ley 100 de 1993, esto es “*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*”, como lo prevé el artículo 21 de la referida norma.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que la señora María del Tránsito Montenegro Castillo actuando a través de apoderada judicial,

---

<sup>20</sup> Sobre el particular se resalta que en ocasiones las autoridades administrativas y judiciales han modificado la tasa de reemplazo sobre la cual se liquida la pensión de un servidor público, cuando se avizora que en aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficioso la aplicación del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

depreca la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidación de su pensión de vejez.

La accionante solicita la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, en virtud de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

Entonces, se advierte que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia a partir del 30 de junio de 1995, para los empleados del orden territorial, fecha para la cual la señora María del Tránsito Montenegro Castillo tenía 44 años de edad, pues nació el 16 de agosto de 1952 como se desprende de la cedula de ciudadanía obrante a folio 35 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 advirtió COLPENSIONES en los actos acusados, no obstante, por considerar que resultaba más beneficioso el régimen general aplicó este (Fls.14 y 23).

Razón por la cual, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe promediar según la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Bajo el criterio esbozado en precedencia, considera este Despacho que para el asunto en concreto la aplicación integral del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 no es procedente, en consideración a que la Máxima Corporación Constitucional dispuso que en el marco de la transición de la Ley 100 de 1993, únicamente se tendrían en cuenta los presupuestos de la edad, el tiempo de servicios y el monto, refiriéndose este último a la tasa de remplazo y del cual se excluye el ingreso base de liquidación.

Así mismo, vale precisar que conforme al aludido pronunciamiento, resalta que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados por la normativa actual, es decir en el Decreto 1158 de 1994, lo cual dejó extractado en los siguientes términos:

*"A esta conclusión se arriba con fundamento en el análisis esbozado en los casos anteriores sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual sólo deben mantenerse las prerrogativas de los regímenes anteriores en cuanto a (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior (Decreto 1158 de 1994). A esta misma inferencia llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia impugnada, atendiendo la interpretación constitucionalmente admisible en los términos de los argumentos ya explicados en la presente sentencia."<sup>21</sup>*

En ese orden, revisados los actos administrativos acusados, se advierte que en los mismos se señaló que la accionada es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985. No obstante, al realizarse la liquidación con base en los parámetros de la Ley 33 de 1985 con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, es más beneficioso la aplicación integral del régimen general de pensiones, esto atendiendo que la tasa de reemplazo en el ordinario es más alta que en el establecido en la referida Ley 33 de 1985 para el caso particular del extremo activo, motivo por el cual, COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a la actora con base en lo consagrado en la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios con base en los parámetros establecidos por la Ley 33 de 1985, puesto que resulta más beneficioso la aplicación del régimen general de pensiones, ello teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Corte Constitucional acogido por el Despacho respecto a la forma de determinar el IBL en las pensiones del régimen de transición antes explicado.

Decantado lo anterior, resulta forzoso colegir que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de la que están investidos los actos administrativos acusados, lo que impone denegar las súplicas elevadas.

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.

---

<sup>21</sup> SU – 395 de 2017, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

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,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 28 de diciembre de 2015 ante COLPENSIONES, conforme lo expuesto.

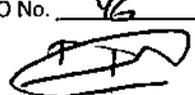
**SEGUNDO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de este fallo.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia 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

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>27</u> de junio de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>16</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---

S.A.



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

Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00420-00  
Demandante: **GUILLERMO PRADO MORA**  
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones –  
COLPENSIONES**  
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho interpuesto por el señor Guillermo Prado Mora 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, el accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. SUB 72218 del 22 de mayo de 2017; (ii) Resolución No. SUB 180422 del 31 de agosto de 2017 y (iii) Resolución No. DIR 15670 del 18 de septiembre de 2017.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios con base en la Ley 33 de 1985 por favorabilidad, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, gastos y costas procesales y que se dé cumplimiento a la sentencia según los términos del artículo 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 69 a 70):

El accionante prestó sus servicios al Estado por 31 años, 4 meses y 9 días y causó su derecho pensional el 1° de mayo de 2005.

El accionante en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante la entidad accionada el 25 de agosto de 2015 en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 2805 del 6 de enero de 2016 reconoció pensión de vejez a la parte actora.

La accionada incluyó en nómina de pensionados al actor mediante la Resolución No. SUB 21754 del 29 de marzo de 2017.

El actor en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la demandada el 9 de mayo de 2017, en el cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez con base en la Ley 33 de 1985 por ser más favorable.

COLPENSIONES a través de la Resolución No. SUB 72218 del 22 de mayo de 2017 negó la anterior petición.

Inconforme con lo anterior, el sujeto activo presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, los cuales fueron desatados desfavorablemente mediante las Resoluciones Nos. SUB 180422 del 31 de agosto de 2017 y DIR 15670 del 18 de septiembre de 2017.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 4, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.

Señaló que la entidad demandada con los actos administrativos acusados infringió los mandatos jurídicos mencionados, toda vez que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, por lo que debe re liquidarse la pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios con una tasa de reemplazo del 75%.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 87 a 103).

El apoderado 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:

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"*, la presenta como norma general contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación sin que con ello se esté reconociendo algún derecho a la parte actora; (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 y (iv) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, al precisar que la entidad que representa reconoció el derecho de la actora de conformidad con lo establecido por la Ley.

**DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan 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.** En la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de junio de 2018 (fl.132), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora presentó su alegatos del minuto 14 y 23 segundos hasta el minuto 16 y 20 segundos y la demandada del minuto 17 y 10 segundos hasta el minuto 24 y 14 segundos de la grabación visible a folio 140 del expediente.

La representante del Ministerio Público rindió concepto del minuto 24 y 30 segundos hasta el minuto 35 y 10 segundos de la 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 JURÍDICO**

En audiencia inicial adelantada el 21 de junio de 2018 (Fl.133), se determinó que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿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? y; (ii) ¿Le asiste derecho a la parte actora a que se ordene el reconocimiento y pago del interés moratorio señalado en la Ley 100 de 1993?.

### **2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.**

- a. Copia simple de la Resolución No. GNR 2805 del 6 de enero de 2016 proferida por la entidad accionada (fls.3 a 7).
- b. Copia simple de la Resolución No. SUB 21754 del 29 de marzo de 2017 expedida por COLPENSIONES (fls. 8 a 12).
- c. Copia simple de la Resolución No. SUB 72218 del 22 de mayo de 2017 proferida por la demandada (fls.14 a 19).

- d. Copia simple de la Resolución No. SUB 180422 del 31 de agosto de 2017 proferida por la accionada (fls.21 a 28).
- e. Copia simple de la Resolución No. DIR 15670 del 18 de septiembre de 2017 proferida por COLPENSIONES (fls.29 a 35).
- f. Certificado de Información Laboral y salario base del actor (fls.37 a 58).
- g. Reporte de semanas cotizadas por el demandante (fls.59 a 67).

### **3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que refieren a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición y lo pertinente respecto a los intereses moratorios establecido en la Ley 100 de 1993.

#### **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

**Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante variación en el Sistema de Fuentes.**

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la *ratio decidendi* determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal

y como los jueces interpretan las normas<sup>1</sup> las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fé y confianza legítima.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

*"La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales. En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. **En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas.**"* (Negritas fuera de texto)

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha indicado que el precedente implica que "un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación."<sup>2</sup>

El precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido uno o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

Al respecto la Corte constitucional en sentencia T-794 de 2011 expuso:

*"Precedente horizontal. Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas formulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser 'razonablemente previsibles'; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las*

<sup>1</sup> Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

<sup>2</sup> T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

*expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de 'disciplina judicial', en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial."*

*Precedente vertical. Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.*

*En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados."*

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10<sup>3</sup>, 102<sup>4</sup>, 256<sup>5</sup>, 269<sup>6</sup> y 270<sup>7</sup> mecanismos, recursos y formas de aplicación de las sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

---

<sup>3</sup> ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

<sup>4</sup> ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

<sup>7</sup> Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

### **Precedente vertical respecto al IBL de la pensión de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**

La atención del Despacho se centra en realizar un comparativo entre las posiciones adoptadas, de una parte por el Consejo de Estado, y de otra por la Corte Constitucional, con el objeto de determinar si a las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de su pensión, les es aplicable lo dispuesto en el régimen anterior, es decir el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese periodo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1985 (y demás normas que regulen el régimen de transición), o si por el contrario el IBL que reglamenta la liquidación de la pensión de esas personas está por fuera del régimen de transición y, en consecuencia, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores a la adquisición del derecho pensional con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

### **Precedente Consejo de Estado**

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 jurisprudencial en cuanto que los servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que su pensión sea liquidada con la tasa de reemplazo y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general) señalados en el régimen transicional, indicando que en tratándose de los servidores cuya situación concreta y particular se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, los factores allí distinguidos son enunciativos por lo que el IBL estará compuesto por todos aquellos conceptos que hicieron parte de la contraprestación directa del servicio en el último año sin importar que no estuvieran contenidos taxativamente en la Ley referida. Así indicó:

*“(...) 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.<sup>8</sup> (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 (...).<sup>9</sup> (Negrillas fuera de texto).*

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron de manera pacífica la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1985) tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que el análisis jurídico se centró en determinar los factores que debían o no ser incluidos dentro del IBL.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

<sup>9</sup> Ibidem.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón<sup>10</sup>, ratificó lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en cuanto que el IBL se encontraba determinado por el régimen de transición y centro su análisis en definir dos criterios diferenciadores para establecer si un emolumento que había sido percibido en el último año de servicio debía o no incluirse como base de liquidación 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.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado 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 sólo está integrado por el porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo) establecida en el régimen transicional, sino también por el ingreso base de liquidación que se encuentra conformado por la totalidad de los factores salariales:

*"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:*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, MP. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

(...)

En esa misma providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que el análisis que se realiza es respecto al régimen de transición de los servidores públicos (como juez natural), por lo cual el único precedente constitucional aplicable a casos análogos es aquel que haga referencia explícita a esos funcionarios públicos. Sobre este punto explicó:

*“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 (...).”*

Luego, 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, ratificó lo hasta aquí expuesto bajo los siguientes argumentos:

*“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 habla 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 (...)*. (Negrillas extra texto)

Posteriormente, teniendo en cuenta la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la cual ordenó proferir una nueva sentencia en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, expedida a la Sección Segunda de esa Corporación, dicha Sección en cumplimiento de esa orden expuso en providencia del 9 de febrero de 2017, lo siguiente:

*"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."*

Conforme lo anterior, a pesar que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sección Quinta, dejó en claro que ello no implicaba una variación en su postura respecto a que el concepto de monto se encuentra cobijado bajo el régimen de transición, esto es, tanto la tasa de reemplazo y el IBL conformado por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general).

Después del pronunciamiento de tutela del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta 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 la tutela referida para acoger en su integridad el establecido por la Sección Segunda.

Finalmente, el Consejo de Estado mediante providencia del 29 de agosto de 2017, decidió avocar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del proceso No. 2012-00143-01, con el fin de unificar la posición de esa Corporación en torno al ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, definiendo dos subtemas principales: (i) periodo de liquidación del IBL y (ii) factores salariales del IBL, sentencia de unificación que hasta la fecha no ha sido proferida.

### **Precedente Corte Constitucional**

El estudio de la Corte Constitucional respecto al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comenzó a realizar a través de la Sentencia C-165 de 1994 en la cual se determinó que las personas serian beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, semanas de cotización o tiempo de servicios presentados. No obstante, respecto a lo demás se estaría a lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. Sobre el particular la providencia anotada expresó:

*" (...) dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley". (Negrillas del Despacho)*

De la lectura de la anterior providencia, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró que el régimen de transición tiene en cuenta la edad, tiempo de prestación de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, el ingreso base de liquidación se liquida con base en los lineamientos generales establecidos en el régimen general, esto es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional en auto 229 del 10 de mayo de 2017 como argumento para declarar la nulidad de la sentencia T- 615 de 2016, señaló:

*"La Corte también valoró el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas sujetas al régimen de transición de manera específica. Concretamente, la Corporación analizó las condiciones estipuladas en el mencionado inciso, entendiendo, desde ese momento, que las reglas allí previstas para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y, por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.*

*Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. (...)*

*Es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.*

*Asimismo, luego del estudio de la sentencia cuya nulidad se solicita, la Corte constata que la providencia no tuvo en cuenta el precedente constitucional, según el cual, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. No solo porque este criterio surge con las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-168 de 1995, sino porque la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993 constituye la línea jurisprudencial consolidada, imperante y en vigor de esta Corporación.*

*En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el IBL es un elemento que debe calcularse de conformidad con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con los criterios consignados en la legislación anterior. Esta pauta surge con la Sentencia C-168 de 1995, donde por primera vez la Sala Plena de la Corporación emite un pronunciamiento de fondo en la materia. Dicha sentencia, constituye la posición de la Corte respecto de la forma cómo debe aplicarse el IBL, la cual, con posterioridad, a través de la solución de casos particulares (...)"*  
*(Negrillas fuera de texto).*

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013 declaró la inexecutable parcial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 (disposición normativa que regula el régimen especial de pensiones de los congresistas y magistrados de altas cortes), indicó que el IBL no integraba el régimen de transición y por lo tanto las pensiones de ese grupo debían liquidarse según los términos del inciso tercero del artículo 36 y el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, esto es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

No obstante, la referida Corporación fue enfática en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013, que las sub reglas de derecho derivadas de la *ratio decidendi* eran aplicables sólo respecto a las personas beneficiarias del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 esto es a los congresistas y magistrados de altas cortes.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-230 de 2015 bajo el trámite de revisión de tutela al estudiar el caso de una persona que había trabajado para el sector privado y que era beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 en el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral había ordenado liquidar su pensión con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 bajo el fundamento que la *ratio decidendi* de esa providencia era un criterio en abstracto y de obligatorio cumplimiento para los jueces, por lo cual en todos los eventos en los cuales se discutiera el IBL de una persona beneficiaria del régimen de transición debía tenerse en cuenta las subreglas establecidas en dicha sentencia, motivo que lo llevo a confirmar las decisiones proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Así, para mayor claridad se citan algunos apartes de la sentencia SU – 230 de 2015:

*"(...) 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."*

Luego, el máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia SU – 427 de 2016 al estudiar un acción de tutela interpuesta por una persona contra las decisiones de la Jurisdicción ordinaria Laboral, señaló que el régimen de transición incluye los conceptos de edad, tiempos de servicio y monto entendido como tasa de reemplazo, lo que significa que el IBL debe efectuarse conforme al régimen señalado en la Ley

100 de 1993, para el efecto señaló la anotada sentencia que una interpretación contraria podría *"derivar en un abuso del derecho 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"*.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017 al estudiar en sede de revisión casos particulares de servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto sus prestaciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reiteró que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme lo señalado en los artículos 34 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

#### **Prevalencia del precedente de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las del Consejo de Estado.**

Conforme hasta lo aquí expuesto, existe una clara distinción entre la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a si el IBL es objeto del régimen de transición.

Así, mientras el Consejo de Estado sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad y no regresividad laboral el concepto de monto no sólo recoge la tasa de reemplazo a aplicar sino el IBL, la Corte Constitucional en respeto al principio de sostenibilidad financiera indica que el régimen transicional sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las normas generales de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario jurídico, surge el interrogante sobre que precedente jurisprudencial se debe seguir, esto ateniendo que ambos son precedentes verticales de obligatorio cumplimiento conforme a lo expuesto en el artículo 230 de la Constitución Política y la variación en el sistema de fuentes al que se encuentra atado el operador jurídico.

Al respecto, el Juzgado considera necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 en las cuales se declaró exequibles los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y en las que se

resaltó que en caso de controversia entre una sentencia de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se aplicará de manera preferente la de esta última atendiendo su papel de interprete auténtico de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política como norma de normas (artículo 4 C.P.) del sistema jurídico Colombiano.

Así, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional decidió emitir una sentencia aditiva al señalar que las autoridades administrativas y judiciales al momento de dar aplicación a una sentencia de unificación del Consejo de Estado deberá dar aplicación preferente a las sentencias dictadas por el máximo tribunal constitucional en sede de tutela o en control abstracto de constitucionalidad en virtud de la prevalencia de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes y del papel de la Corte como interprete auténtico de la norma superior.

A continuación se transcriben algunos a partes de la sentencia C-634 de 2011:

*“De otro lado, la inclusión del precedente constitucional en el precepto analizado resulta obligatoria para el legislador, pues ello se colige de los principios de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional, conforme lo expuesto esta sentencia. Así, se cumple con la segunda condición para la verificación de omisiones legislativas relativas. Ahora bien, es importante destacar que la misma norma acusada determina, como no podía ser de otro modo, que las autoridades administrativas están sometidas a la aplicación uniforme de las normas constitucionales. Quiere ello decir, según los fundamentos jurídicos precedentes, que ese deber incorpora la obligación que dichas autoridades utilicen las reglas de derecho, derivadas de la jurisprudencia constitucional, que fijan el contenido y alcance de las normas de la Carta Política. Lo contrario significaría desconocer el artículo 241 C.P., norma que confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Esto precepto, junto con el artículo 243 C.P., no son fórmulas retóricas del Estatuto Superior, sino la fuente normativa del carácter autorizado y vinculante de las subreglas jurisprudenciales creadas por esta Corporación. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales.*

*Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesidas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida*

*consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.” (Negrillas fuera del texto)*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 resaltó nuevamente que sus sentencias deberán ser aplicadas de forma preferente y prevalente respecto a las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado. En la providencia referida la Corporación Constitucional expuso:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia (...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia” (Negrillas fuera de texto)*

En ese orden de ideas, resulta claro que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en caso que existan dos criterios unificadores contrarios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, deberá aplicarse el expuesto por la Máxima Corporación Constitucional dado a su papel de interprete auténtico de la norma de normas y por ende de todas las disposiciones legales sobre las cuales se aplique una interpretación a la luz de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política.

### **Intereses moratorios artículo 141 Ley 100 de 1993**

El derecho al trabajo no se encuentra establecido sólo para cubrir la prestación personal de un servicio que realiza una persona natural a un empleador, sino que su alcance se extiende más allá, garantizando dentro de su núcleo esencial las condiciones dignas del servicio, la afiliación al Sistema General de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales y la obtención de una pensión que cubra las contingencias que pueden llegarse a presentar como la vejez.

A lo largo de la Constitución Política el trabajo ocupa un papel preponderante, así desde el preámbulo se señala como un criterio axiológico que orienta los fines del Estado Social de Derecho, el artículo 25 dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del

Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”, los artículos 48 y 49 establecen los derechos a la Seguridad Social de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral que en tratándose de los pensionados señala el derecho que tienen de recibir puntualmente las mesadas que le corresponden y que su valor se actualice constantemente según el aumento del costo de vida, esto con el fin que el pago recibido se adecue correctamente a sus necesidades básicas.<sup>11</sup>

No hay que perder de vista que los pensionados por ser sujetos de avanzada edad gozan de una especial protección constitucional en atención a las condiciones particulares en que se encuentran, motivo por cual el Estado debe garantizar que reciban oportunamente sus mesadas pensionales.

Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos, en diferentes disposiciones se consagra la especial protección con la que gozan las personas de la tercera edad, así en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se estableció en su artículo 17 lo siguiente:

*“Art 17: Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.”*

De igual forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución A46/91, adoptó los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, en el cual le solicita a los Estados adoptar políticas internas que garanticen el acceso a bienes y servicios básicos, fuentes de ingresos y a redes de apoyo dirigidas por el Estado, la familia y la sociedad que garanticen su autodeterminación, cuidado y libertad.

---

<sup>11</sup> Para el efecto observar las sentencias C-593 de 2014 y C-931 de 2014 proferidas por la Corte Constitucional

Con base en esa protección especial con la que gozan los pensionados, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció una sanción para las entidades públicas o particulares que retarden el pago de una pensión, bajo los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

La Corte Constitucional en sentencia C-601 de 2000 al realizar control de constitucionalidad a la anterior norma, señaló expresamente que la sanción moratoria por el pago tardío de las mesadas pensionales se encuentra instituida a favor de todos los regímenes incluyendo los contenidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los que se encuentran los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto advirtió:

*“(…) La Corte debe recordar que en este caso los intereses de mora tienen como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad (art. 46 C.N.), quienes por sus condiciones físicas, o por razones de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitadas para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia o la de su familia. Luego, a juicio de la Corte, de no existir el reconocimiento por parte del legislador de los intereses de mora a favor del pensionado se convertirían en irrisorias las mesadas pensionales en caso de un incumplimiento tardío por parte de los organismos de la seguridad social encargados de satisfacer ese tipo de prestaciones sociales, pues la devaluación de la moneda hace que se pierda su capacidad adquisitiva en detrimento de este sector de la población.*

*Así las cosas, para la Corte es evidente que desde el punto de vista constitucional, las entidades de seguridad social están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, pues el artículo 53 de la Carta es imperativo y contundente al disponer que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones., En este sentido, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desarrolló cabalmente este mandato superior, pues, la obligación de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, un interés de mora que consulte la real situación de la economía, es una consecuencia del artículo superior referido, en la parte concerniente a pensiones legales en conexidad con el artículo 25 ibidem, que contempla una especial protección para el trabajo. En este sentido también es oportuno precisar que tal indemnización a los titulares de las pensiones por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas debe aplicárseles a los regímenes especiales anteriores y subsistentes con la ley 100 de 1993, esto es, los que se encuentren en las excepciones previstas en el artículo 279 de la referida ley (...)* (Negrillas fuera del texto original).

Con anterioridad a la referida providencia, el máximo Tribunal Constitucional en sentencia C-367 de 1995 se expresó sobre el derecho que tienen los pensionados a que sean cancelados los intereses moratorios cuando su mesada pensional es pagada tardíamente bajo el siguiente tenor:

*“Los pensionados, que al fin y al cabo gozan de especial protección en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo (artículo 25 C.P.), son titulares de un derecho de rango constitucional (artículo 53 C.P.) a recibir puntualmente las mesadas que les corresponden y a que el valor de éstas se actualice periódicamente según el ritmo del aumento en el costo de la vida, teniendo en cuenta que todo pago efectuado en Colombia, al menos en las circunstancias actuales, debe adaptarse a las exigencias propias de una economía inflacionaria. Ello es consustancial al Estado Social de Derecho, que se ha instituido como característica sobresaliente de la organización política y como objetivo prioritario del orden jurídico fundado en la Constitución, por lo cual no cabe duda de la responsabilidad en que incurren los funcionarios y entidades que desatienden tan perentorios mandatos.*

*No puede concebirse, entonces, a la luz de los actuales principios y preceptos superiores, la posibilidad de que las pensiones pagadas de manera tardía no generen interés moratorio alguno, con el natural deterioro de los ingresos de los pensionados en términos reales (...)*

*Además, ninguna razón justificaría que los pensionados, casi en su mayoría personas de la tercera edad cuyo único ingreso es generalmente la pensión, tuvieran que soportar, sin ser adecuadamente resarcidos, los perjuicios causados por la mora y adicionalmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el incumplimiento de las entidades correspondientes.*

*Desde luego, las obligaciones de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, unos intereses de mora que consulten la real situación de la economía se derivan directamente de la Constitución y deben cumplirse automáticamente por los entes responsables, sin necesidad de requerimiento judicial (...)*”

Por lo expuesto, se concluye que las entidades públicas o privadas encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones deben crear mecanismos idóneos que garanticen el pago oportuno de las mesadas pensionales ya que de no hacerlo se verán obligadas a cancelar los intereses moratorios de conformidad a lo expuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De esa manera, el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 establece que las entidades públicas y privadas encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones deben efectuar la cancelación de la mesada pensional a que tuviere derecho el peticionario dentro de los 6 meses siguientes a la radicación de la petición por medio del cual se solicita el reconocimiento y pago de la prestación pensional.

Al respecto, el tenor literal del artículo 4° de la Ley 700 de 2001 señala:

*“A partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.*

**PARÁGRAFO.** *El funcionario que sin justa causa por acción u omisión incumpla lo dispuesto en el presente artículo incurrirá con arreglo a la ley en causal de mala conducta y será solidariamente responsable en el pago de la indemnización moratoria a que haya lugar si el afiliado ha debido recurrir a los tribunales para el reconocimiento de su pensión o cesantía, el pago de costas judiciales, será a cargo del funcionario responsable de la irregularidad.”*

## **CASO CONCRETO.**

El Juzgado resalta que con anterioridad se acogía en su integridad la tesis del Consejo de Estado según la cual el régimen de transición cobijaba tanto la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el Ingreso base de liquidación. No obstante, con base en el expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, en cumplimiento del artículo el 7° del CGP<sup>12</sup> aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente<sup>13</sup>, el Despacho pasa a exponer las razones por las cuales cambia su posición y decide aplicar las subreglas de derecho establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017.

## **Cumplimiento del precedente vertical dictado por la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación**

Conforme se indicó, para que se considere que las subreglas establecidas en una sentencia proferida por la Corte Constitucional es necesario que se acredite que: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un

---

<sup>12</sup> “Artículo 7: Legalidad (...)”

*Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos” (Negrillas fuera del texto original)*

<sup>13</sup> De esa manera si el juez desea apartarse de una determinado precedente debe cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es exponer con claridad las razones por las cuales se aparta de ese precedente, porque no es aplicable al caso en concreto y porqué una aplicación distinta a ese precedente en ese asunto optimiza de mayor medida los derechos consagrados en la constitución política bajo el principio de razón suficiente. Para el efecto ver la sentencia T-116 de 2016.

problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional similar y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver posteriormente<sup>14</sup>. Es decir, que exista una identidad fáctica, jurídica y causal sobre el caso antes decidido.

Por lo expuesto, el Juzgado resalta que sólo la sentencia SU-395 de 2017 se ajusta a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para que se constituya como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento respecto a la tesis según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición y por lo tanto los servidores públicos que son beneficiarios de ese régimen a efectos de la liquidación y reliquidación de su pensión deben atender lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto si bien en la sentencia C-165 de 1994, se hizo referencia respecto a que sólo es objeto de transición la edad y el tiempo de servicios y lo demás se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, esta posición no fue pacífica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo establecido por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-210 de 2017 en el cual indicó:

***“Sobre este tema, la Corte ha precisado que en los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, razón por la cual, se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.***

*Así por ejemplo, en la Sentencia C-168 de 1995, que declaró la inexecutable de un segmento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecía, para efectos de la liquidación de la pensión, un tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, la Corte no hizo ningún pronunciamiento sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de ingreso base de liquidación. Posteriormente, en las Sentencia C-1056 de 2003 y C-754 de 2003, que declararon inexecutable las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4° de la Ley 860 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación tampoco abordó lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición.*

***Solamente, hasta el pronunciamiento realizando en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación, en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (...)”*** (Negrillas fuera de texto)

<sup>14</sup> Ver T 292 de 2006.

En ese orden de ideas, no se podía considerar como precedente jurisprudencial la sentencia C-165 de 1994, ya que existía discusión respecto a si la misma se había o no referido al IBL de la personas beneficiarias del régimen de transición.

Respecto a la sentencia C-258 de 2013, como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, en ese asunto se estudió el régimen especial de los congresistas y magistrados de altas Cortes, razón por la cual las subreglas establecidas no son aplicables como precedentes a los casos en los cuales se discuta la forma de liquidar el IBL de los servidores públicos distintos a ese grupo beneficiarios del régimen de transición, ya que por disposición expresa de la misma Corte Constitucional ese criterio interpretativo sólo se aplica al referido grupo.

A igual conclusión se llega respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU - 427 de 2016, toda vez que en esas oportunidades la Corte Constitucional estudio eventos resueltos por la Jurisdicción Ordinaria Laboral que dentro de sus competencias había decidido que el IBL no hacia parte del régimen transicional, posición que fue respaldada por el Máximo Tribunal Constitucional.

En efecto, al advertirse que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es el juez natural de los temas pensionales de los servidores públicos no les es aplicable las reglas previstas para trabajadores oficiales y ordinarios cuyas controversias las resuelve la Jurisdicción Ordinaria a través de su especialidad laboral, motivo por el cual las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no se configuraron como "precedente unificador" para este Despacho.

Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especial del INPEC, para concluir que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993 (promedio de los últimos 10 años).

En ese orden de ideas, al existir precedente de la Corte Constitucional respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición, distinto a la tesis expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, deberá darse plena aplicación a lo expuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y teniendo en cuenta su papel de interprete autorizado de la Constitución Política su precedente es de obligatorio cumplimiento respecto a los emitidos por los demás órganos de cierre.

Por lo anterior, el Juzgado acoge en su integridad el precedente establecido por la Corte Constitucional, no sólo por su carácter prevalente si no por las razones que pasan a exponerse.

**Fundamentos que tuvo el Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado para aplicar en su integridad el régimen de transición.**

Dentro del discurrir argumentativo de esta providencia, se ha establecido que este Despacho con base en la sentencias del Consejo de Estado ha manifestado que en virtud de los principios de inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad laboral y *pro homine* concluyó que el IBL también es objeto dentro del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad<sup>15</sup>, sin que se permita la mixtura de normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a esa principio al determinar que por un lado se establece el beneficio del régimen de transición respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el IBL se establece con el régimen general; toda vez que se está dando aplicación plena y en su integridad a la Ley 100 de 1993, que en la totalidad de su artículo 36 consagró el régimen de transición y los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios, (iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se reitera deberá efectuarse con base en los criterios generales del Sistema General de Pensiones.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional sentencia T-832A-13

Sobre el principio de progresividad y no regresividad laboral, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que los Estados deben progresivamente efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales y está prohibido todo retroceso en un derecho que se haya alcanzado.

Al respecto, advierte el Despacho que la tesis según la cual el IBL hace parte del régimen de transición ha sido defendida por el Consejo de Estado dentro de sus competencias. No obstante, no se había realizado una mirada constitucional por parte del intérprete autorizado de la Constitución Política respecto al tema en estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema *sub examine* bajo el escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones constitucionales, ha mantenido una línea uniforme (C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU – 210 de 2017 y SU – 395 de 2017) respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En ese orden de ideas, en primer lugar, no se puede argumentar que existe un derecho adquirido bajo la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición ya que esa calidad se adquiere cuando la persona cumple con todos los requisitos legales para acceder a una pensión con la aplicación completa de su régimen sin que sea plausible una modificación y/o extensión de beneficios por fuera del marco de acción otorgado por el legislador por vía jurisprudencial.

En segundo lugar, bajo la mirada constitucional del intérprete autorizado de la Constitución, la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la norma superior, es aquella según la cual el IBL no es objeto del régimen transicional: (i) porque permite por un lado que las personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por otra parte, respecto al principio *pro homine* o pro persona dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que este tiene dos

manifestaciones o reglas principales: (i) preferencia interpretativa y (ii) preferencia de normas<sup>16</sup>.

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Frente a estos últimos, se tiene que la interpretación de Convenios de Derechos Humanos y normas nacionales siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se ajuste a los principios señalados en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la preferencia de normas se entiende como la aplicación de aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador, en caso de que resulten dos o más normas aplicables a un mismo asunto.

Ahora bien, en Colombia el principio *pro homine*, en el plano laboral ha tenido plena aplicación en el principio protector recogido por la Constitución Política en el artículo 53, al consagrar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*.

Así las cosas, el principio de favorabilidad hace referencia que ante la existencia de dos o más normas aplicables al caso en concreto deberá preferirse aquella que más favorezca al trabajador;<sup>17</sup> y el *indubio pro operario* hace referencia que ante dos o más interpretaciones posibles respecto a una norma deberá aplicarse aquella que más beneficie al empleado<sup>18</sup>.

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial que no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición pues este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias de ese régimen se efectúa con base en los criterios generales de la referida Ley.

---

<sup>16</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, publicada por la Fundación Konrad Adenauer dentro del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Colombia, año 2014, ISBN 978-607-468-599-2, pag. 706-712.

<sup>17</sup> Para el Efecto. Ver T-559/11

<sup>18</sup> Para el Efecto. Ver T-730/14

Respecto al principio de *indubio pro operario*, señala el Juzgado que si bien a primera vista resulta más beneficiosa la interpretación según la cual el IBL es objeto de transición, conforme se indicó bajo el criterio de preferencia interpretativo extensivo y restringido, lo cierto es que el operador jurídico debe encontrar un equilibrio entre la normas que integran la Constitución Política; valoración que efectuó la Corte Constitucional como interprete autorizado en las sentencias citadas y en donde concluyó que en pro de salvaguardar los principios en disputa (sostenibilidad financiera y seguridad social de las personas beneficiarias del régimen de transición) es más ajustada a las principios y derechos de la norma superior la lectura según la cual el IBL no está sujeto a transición.

Lo anterior se reitera porque: i) permite por un lado que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo<sup>19</sup> con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por todo lo expuesto, el Juzgado acoge en su integridad el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según el cual el régimen de transición sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las criterios generales establecidos en la Ley 100 de 1993, esto es "*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia*", como lo prevé el artículo 21 de la referida norma.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que el señor Guillermo Prado Mora, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de los actos acusados mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez.

---

<sup>19</sup> Sobre el particular se resalta que en ocasiones las autoridades administrativas y judiciales han modificado la tasa de reemplazo sobre la cual se liquida la pensión de un servidor público, cuando se avizora que en aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficioso la aplicación del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

En consideración de la parte actora, la entidad debe tener en cuenta la totalidad de salarios devengados en el último año de servicios, ello en virtud de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, por considerar que es beneficiario del régimen de transición y que esa disposición es más favorable respecto a las disposiciones con las cuales se reconoció la pensión de vejez.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición según el cual *“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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”*

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, no podría 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 anotado Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

En efecto, para establecer si el actor tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición es necesario determinar si: (i) para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cumplía con los requisitos señalados en el artículo 36 de esa disposición (ii) una vez cumplido lo anterior, verificar si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el accionante tenía cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo y; (iii) establecer si al 31 de diciembre de 2014 el señor Guillermo Prado Mora había cumplido en su totalidad los requisitos para acceder a su pensión de vejez.

En ese orden de ideas, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual el actor tenía 48 años de edad, pues nació el 15 de mayo de 1949, tal como se evidencia de la Resolución No. GNR 2805 del 6 de enero de 2016, motivo por el cual se concluye que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem.

Por otra parte, el 25 de julio de 2005 entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, fecha para la cual el accionante había cotizado más de 750 semanas conforme se advierte del reporte de semanas de cotizaciones en pensiones (fls.59 a 67).

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable al actor es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No obstante, COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez bajo el régimen de transición señalado para el sistema general de pensiones por resultar más beneficioso, ello teniendo en cuenta que conforme a la semanas cotizadas, la tasa de reemplazo es ostensiblemente más alta que la establecida en la Ley 33 de 1985, hecho que genera que la mesada pensional sea más onerosa.

Ahora bien, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición (Ley 33 de 1985) y el cual el accionante pretende se aplique, el ingreso base de liquidación se debe promediar según la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Bajo el criterio esbozado en precedencia, considera este Despacho que para el asunto en concreto la aplicación integral del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 no es procedente, en consideración a que la Máxima Corporación Constitucional dispuso que en el marco de la transición de la Ley 100 de 1993, únicamente se tendrían en cuenta los presupuestos de la edad, el tiempo de servicios y el monto, refiriéndose este último a la tasa de reemplazo y del cual se excluye el ingreso base de liquidación.

Así mismo, vale precisar que conforme al aludido pronunciamiento, resalta que los factores salariales a tener en cuenta son los señalados por la normativa actual, es decir en el Decreto 1158 de 1994, lo cual dejó extractado en los siguientes términos:

*"A esta conclusión se arriba con fundamento en el análisis esbozado en los casos anteriores sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual sólo deben mantenerse las prerrogativas de los regímenes anteriores en cuanto a (i) edad, (ii) tiempo de servicios y (iii) monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. De manera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo normativo posterior (Decreto 1158 de 1994). A esta misma inferencia llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia impugnada, atendiendo la interpretación constitucionalmente admisible en los términos de los argumentos ya explicados en la presente sentencia."<sup>20</sup>*

<sup>20</sup> SU – 395 de 2017, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

En ese orden, revisados los actos administrativos acusados, se advierte que el actor en principio es beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 33 de 1985. No obstante, al realizarse la liquidación con base en los parámetros de la Ley 33 de 1985 con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, se concluye que es más beneficioso la aplicación integral del régimen de transición establecido para el sistema general de pensiones, esto atendiendo que la tasa de reemplazo en el ordinario es más alta que en el establecido en la referida Ley 33 de 1985 para el caso particular del extremo activo atendiendo el número de semanas cotizadas, motivo por el cual la decisión de COLPENSIONES de reconocer la pensión de vejez al actor con base en lo consagrado en el Decreto 758 de 1990 se encuentra ajustado al principio de favorabilidad.

Así las cosas, se advierte que no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios con base en los parámetros establecidos por la Ley 33 de 1985, puesto que resulta más beneficioso la aplicación del Decreto 758 de 1990, ello teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Corte Constitucional acogido por el Despacho respecto a la forma de determinar el IBL en las pensiones del régimen de transición antes explicado.

Así las cosas, no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión del demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, puesto que se estaría contrariando el precedente fijado por la Corte Constitucional.

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTICULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993**

Conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, a partir de la radicación del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para garantizar que dentro de los 6 meses siguientes se va a proceder el pago de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, toda vez que si no se realiza en ese periodo se causaran intereses moratorios en virtud de lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, para determinar si le asiste derecho al accionante a obtener el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es necesario establecer: (i) la fecha de radicación del escrito de petición mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prestación pensional y; (ii) la fecha en la cual se efectuó el pago de la pensión.

En el caso bajo estudio, se encuentra probado que el señor Prado Mora elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 10 de marzo de 2017<sup>21</sup> en el cual solicitó el ingreso en nómina de pensionados teniendo en cuenta que el goce de la pensión de vejez que fue reconocida mediante la Resolución No. GNR 2805 del 6 de enero de 2016 quedó suspendida hasta tanto se acreditará el retiro del servicio y que COLPENSIONES mediante la Resolución No. SUB 21754 del 29 de marzo de 2017 (fls.8 a 12) incluyó en nómina al sujeto activo y realizó el respectivo pago de la mesada pensional en abril de 2017 a través de entidad bancaria, sin que obre en plenario prueba que acredite lo contrario, por lo que se colige que no hay lugar al pago de los intereses moratorios que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, concluye el Juzgado que al no accederse a la reliquidación pensional solicitada por la parte actora y al cancelarse la mesada pensional dentro de los términos establecidos en el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 no hay lugar al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, al no haber lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de vejez y al pago de intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el Despacho nega las pretensiones de la demanda.

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.

---

<sup>21</sup> Según se colige de los documentos obrantes en los antecedentes administrativos y de lo manifestado por COLPENSIONES en la Resolución No. SUB 21754 del 29 de marzo de 2017 en la cual indicó *“el peticionario por intermedio de apoderado judicial solicita la inclusión en nómina de pensionados adjuntando la Resolución número 01654 del 10 de marzo de 2016”*, acto administrativo que tiene radicado de recibido por la entidad el 10 de marzo de 2017.

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,

**RESUELVE**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia 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**

S.A

*Angélica A Sandoval Ávila*  
**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA**  
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>27 de junio de 2018</u> se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>46</u></p> <p> _____ DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2017-00422-00  
**Demandante:** BERENICE ACOSTA PINEDA  
**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 -RELIQUIDACIÓN PENSIONAL E INDEXACIÓN PRIMERA MESADA.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Berenice Acosta Pineda 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 Berenice Acosta Pineda, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 024386 del 9 de junio de 2017, por la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

2. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 031335 del 4 de agosto de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación.

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 reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, a saber: sueldo, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, bonificación de junio y diciembre y prima de vacaciones, elevando la cuantía a la suma de \$426.540,44 a partir del 1º de agosto de 2000.

Indexar la primera mesada pensional para los años 1995 a 2000, teniendo en cuenta que la actora se retiró del servicio previo a cumplir la edad para adquirir su derecho pensional.

Realizar los reajustes automáticos de ley a que haya lugar, a partir de la adquisición de su derecho pensional.

Condenar a la demandada a cancelar las sumas que resulten de las anteriores pretensiones, descontando lo ya cancelado.

Decretar la prescripción de los aportes y de la indexación de los aportes adeudados por el pensionado, en su totalidad o por el término de 3 años anteriores al retiro definitivo del servicio, actualizados con base en el índice de precios al consumidor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Condenar en costas a la entidad demandada en virtud de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA.

Reajustar las sumas que resulten con base en los porcentajes del índice de precios al consumidor certificados por el DANE, en atención a lo dispuesto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Cancelar los intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 22):

La demandante nació el 1º de agosto de 1945, por lo cual cumplió 55 años de edad el 1º de agosto de 2000 y prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, esto es, desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 19 de noviembre de 1995.

Mediante Resolución No. 004093 del 23 de febrero de 2001, se reconoció pensión de vejez a la parte actora en cuantía de \$367.162, efectiva a partir del 1º de agosto de 2000.

En ejercicio del derecho de petición la demandante presentó escrito el 8 de julio de 2016, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y la indexación de la primera mesada pensional.

La Unidad expidió la Resolución No. RDP 024386 del 9 de junio de 2017, por la cual negó la anterior solicitud.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la Resolución No. RDP 031335 del 4 de agosto de 2017.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas cita el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; el artículo 69 del Decreto 1848 de 1969; el Decreto 1042 de 1978; el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; las Leyes 33 y 62 de 1985; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 1158 de 1994 y demás normas concordantes.

Señaló que la entidad demandada aplicó indebidamente la Ley 33 de 1985, en consideración a que no tuvo en cuenta todos los factores devengados por la actora en el último año de servicios, los cuales constituyen salario.

De otro lado, adujo que la actora por adquirir el estatus pensional por edad posterior al retiro definitivo del servicio, tiene derecho a que se le indexe la primera mesada pensional por el periodo comprendido desde el año 1995 al 2000.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 88 a 101).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de 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:

Indicó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora de manera correcta, esto es conforme a la disposición contenida en la Ley 33 de 1985 y los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) "Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación de reliquidar de la pensión", teniendo en cuenta que la pensión reconocida a la parte actora está ajustada a derecho y no hay lugar a su reliquidación; (ii) "Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", toda vez que la entidad que representa actuó con estricta sujeción a las normas legales; (iii) Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados", en razón a que el acto administrativo demandado conserva su presunción de validez y surte plenamente sus efectos jurídicos; (iv) Imposibilidad de condena en costas", al presumirse la buena fe del demandado; (v) "Prescripción", por el término de 3 años de conformidad a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; (vi) "Imposibilidad del pago de intereses moratorios" contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se generan por el retardo en el pago de la pensión, sin que se aplique al asunto de la referencia, pues la entidad pagadora canceló en tiempo la prestación; (vii) "Solicitud de Reconocimiento Oficioso de Excepciones", al encontrarse en el transcurso del proceso hechos que constituyan excepción de mérito que deba ser declarada de oficio.

**DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas "Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación de reliquidar de la pensión", "Inexistencia de

*vulneración de principios constitucionales y legales”, “Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados”, “Imposibilidad de condena en costas” e “Imposibilidad del pago de intereses moratorios”, 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.** En audiencia inicial adelantada el 21 de junio del año en curso (Fls. 113 a 116), las partes alegaron de conclusión.

Conforme lo anterior el apoderado de la parte demandante manifestó que la actora se encuentra cobijada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, tiene derecho a que su pensión se reliquide con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

De otro lado, resaltó que tiene derecho a que se le indexe la primera mesada pensional, debido a la pérdida de poder adquisitivo de la prestación de la actora.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda, resaltando que el IBL no hace parte del régimen de transición, motivo por el cual, su cálculo se realiza con los factores devengados

en los 10 últimos años de servicios, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

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 21 de junio del año en curso (Fls. 113 a 116), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿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 derecho o no 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. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 8 de julio de 2016, mediante el cual la parte actora solicitó a la Unidad la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada (Fls. 2-3).

2.2. Resolución No. RDP 024386 del 9 de junio de 2017, a través de la cual la UGPP negó la solicitud de reliquidación e indexación de la primera mesada, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 15-17).

2.3. Recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión el 4 de julio de 2017 (Fl. 14).

2.4. Resolución No. RDP 031335 del 4 de agosto de 2017, mediante la cual la Unidad resolvió un recurso de apelación, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 18-20).

2.5. Copia simple de certificación de salarios mes a mes expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se indican los factores salariales devengados por la actora (Fls. 10 -13).

2.6. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana –Regional Bogotá, en la que se indica que la actora laboró al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 15 de marzo de 1973 hasta el 29 de noviembre de 1995 (Fl.7).

2.7. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana –Regional Bogotá en la que se indican los factores salariales devengados por la parte actora en el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1994 hasta el 29 de noviembre de 1995 (Fls. 8-9).

2.8. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Berenice Acosta Pineda (Fl. 5).

## **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso traer a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que refieren a la reliquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición y finalmente, los eventos en los cuales opera la indexación de la primera mesada pensional.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

**Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante variación en el Sistema de Fuentes.**

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la ratio decidendi determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas<sup>1</sup>, las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fe y confianza legítima.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

*(...)*

*La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de*

<sup>1</sup> Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

*las normas constitucionales y legales. En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas (...)*". (Negrillas fuera de texto)

Por otra parte, la Corte Constitucional ha indicado que el precedente implica que "un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación."<sup>2</sup>

Por lo tanto, el precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido una o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

Al respecto la Corte constitucional en sentencia T-794 de 2011 expuso:

*"(...)*

*Precedente horizontal. Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo operador judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas formulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: "(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser 'razonablemente previsibles'; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de 'disciplina judicial', en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial."*

*Precedente vertical. Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición*

<sup>2</sup> T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

*adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.*

*En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.*

*(...)*”.

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10<sup>3</sup>, 102<sup>4</sup>, 256<sup>5</sup>, 269<sup>6</sup> y 270<sup>7</sup> mecanismos, recursos y formas de aplicación de la sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

- **Precedente vertical respecto al IBL de la pensión de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

<sup>3</sup> ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

<sup>4</sup> ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

<sup>7</sup> Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

La atención del Despacho se centra en determinar cuál ha sido la posición del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a la forma de establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en ese periodo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1985 (y demás normas que regulen el régimen de transición) o si por el contrario el IBL que reglamenta la liquidación de la pensión de esos beneficiarios está por fuera del régimen de transición y, en consecuencia, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece como IBL el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta o de los últimos 10 años anteriores a la adquisición del derecho pensional con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

#### **Precedente Consejo de Estado**

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 jurisprudencial en cuanto que los servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que su pensión sea liquidada con la tasa de reemplazo y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general) señalados en el régimen transicional, indicando que en tratándose de los servidores cuya situación concreta y particular se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, los factores allí distinguidos son enunciativos por lo que el IBL estará compuesto por todos aquellos conceptos que hicieron parte de la contraprestación directa del servicio en el último año sin importar que no estuvieran taxativamente enlistados en la Ley referida. Así indicó:

*"(...)*

*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 (...)”<sup>8</sup> (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 (...)”<sup>9</sup> (Negrillas fuera de texto).*

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron de manera pacífica la tesis que las

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

personas beneficiarias del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1985) tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que el análisis jurídico se centró en determinar los factores que debían o no ser incluidos dentro del IBL.

Posteriormente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón<sup>10</sup>, ratificó lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en cuanto que el IBL se encontraba determinado por el régimen de transición y centro su análisis en definir dos criterios diferenciadores para establecer si un emolumento que había sido percibido en el último año de servicio debía o no incluirse como base de liquidación 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.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado 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 sólo está integrado por el porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo) establecida en el régimen transicional, sino también por el ingreso base de liquidación que se encuentra conformado por la totalidad de los factores salariales:

*"(...)*

*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:*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, MP. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

*"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). (...)"*

En esa misma providencia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que el análisis que se realiza es respecto al régimen de transición de los servidores públicos (como juez natural), por lo cual el único precedente constitucional aplicable a casos análogos es aquel que haga referencia explícita a esos funcionarios públicos. Sobre este punto explicó:

*"(...)  
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 (...)"*

Luego, 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, ratificó lo hasta aquí expuesto bajo los siguientes argumentos:

*(...)*

*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<sup>(...)</sup> 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 (...). (Negritas extra texto)*

Posteriormente, teniendo en cuenta la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la cual ordenó proferir una nueva sentencia en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, expedida a la Sección Segunda de esa Corporación, dicha Sección en cumplimiento de esa orden expuso en providencia del 9 de febrero de 2017, lo siguiente:

*(...)*

*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 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.  
(...)"*

Conforme lo anterior, pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado dio cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sección Quinta, dejó en claro que ello no implicaba una variación en su postura respecto a que el concepto de monto se encuentra cobijado por el régimen de transición, esto es, tanto la tasa de reemplazo y el IBL conformado por la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (regla general).

Después del pronunciamiento de tutela del 15 de diciembre de 2016, la Sección Quinta 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 la tutela referida para acoger en su integridad el establecido por la Sección Segunda.

Finalmente, el Consejo de Estado mediante providencia del 29 de agosto de 2017, decidió avocar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del proceso No. 2012-00143-01, con el fin de unificar la posición de esa Corporación en

torno al ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, definiendo dos subtemas principales: (i) periodo de liquidación del IBL y (ii) factores salariales del IBL, sentencia de unificación que hasta la fecha no ha sido proferida.

### Precedente Corte Constitucional

El estudio de la Corte Constitucional respecto al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comenzó a realizar a través de la Sentencia C-165 de 1994 en la cual se determinó que las personas serian beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, semanas de cotización o tiempo de servicios presentados. No obstante, respecto a lo demás se estaría a lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. Sobre el particular la providencia anotada expresó:

*"(...) dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley (...)**"*  
(Negrillas del Despacho)

De la lectura de la anterior providencia, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró que el régimen de transición tiene en cuenta la edad, tiempo de prestación de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, precisó que el ingreso base de liquidación se liquida con base en los lineamientos generales establecidos en el régimen general, esto es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto el máximo Tribunal Constitucional en auto 229 del 10 de mayo de 2017, mediante el cual declaró la nulidad de la sentencia T- 615 de 2016, señaló:

*"(...)*  
*La Corte también valoró el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas sujetas al régimen de transición de manera específica. Concretamente, la*

*Corporación analizó las condiciones estipuladas en el mencionado inciso, entendiendo, desde ese momento, que las reglas allí previstas para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y, por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.*

*Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. (...)*

*Es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.*

*Asimismo, luego del estudio de la sentencia cuya nulidad se solicita, la Corte constata que la providencia no tuvo en cuenta el precedente constitucional, según el cual, **el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma. No solo porque este criterio surge con las consideraciones expuestas por la Corte en la Sentencia C-168 de 1995, sino porque la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993 constituye la línea jurisprudencial consolidada, imperante y en vigor de esta Corporación.***

*En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el IBL es un elemento que debe calcularse de conformidad con los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con los criterios consignados en la legislación anterior. Esta pauta surge con la Sentencia C-168 de 1995, donde por primera vez la Sala Plena de la Corporación emite un pronunciamiento de fondo en la materia. Dicha sentencia, constituye la posición de la Corte respecto de la forma cómo debe aplicarse el IBL, la cual, con posterioridad, a través de la solución de casos particulares (...)" (Negrillas fuera de texto).*

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-258 de 2013 declaró la inexecutable parcial del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 (disposición normativa que regula el régimen especial de pensiones de los congresistas y magistrados de altas cortes), indicó que el IBL no es objeto de transición y por lo tanto las pensiones de ese grupo debían liquidarse según los términos del inciso tercero del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio del tiempo que les hiciera falta o lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

No obstante, la referida Corporación fue enfática en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013, al expresar que las sub reglas de derecho derivadas de la *ratio*

*decidendi* eran aplicables sólo respecto a las personas beneficiarias del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 esto es a los congresistas y magistrados de altas cortes.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-230 de 2015 bajo el trámite de revisión de tutela al estudiar el caso de una persona que había trabajado para el sector privado y que era beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 en el cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral había ordenado liquidar su pensión con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 bajo el fundamento que la *ratio decidendi* de esa providencia era un criterio en abstracto y de obligatorio cumplimiento para los jueces, por lo cual en todos los eventos en los cuales se discutiera el IBL de una persona beneficiaria del régimen de transición debían tenerse en cuenta las subreglas establecidas en dicha sentencia, motivo que lo llevo a confirmar las decisiones proferidas por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Así, para mayor claridad se citan algunos apartes de la sentencia SU – 230 de 2015:

*(...)*

*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. (...)*”.

Luego, el máximo Tribunal Constitucional mediante la sentencia SU – 427 de 2016 al estudiar una acción de tutela interpuesta por una persona contra las decisiones de la Jurisdicción ordinaria Laboral, señaló que el régimen de transición incluye los conceptos de edad, tiempos de servicio y monto entendido como tasa de reemplazo, lo que significa que el IBL debe efectuarse conforme al régimen señalado en la Ley 100 de 1993, para el efecto señaló la anotada sentencia que una interpretación contraria podría *“derivar en un abuso del derecho 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”*.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017 al estudiar en sede de revisión casos particulares de servidores públicos que eran beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto sus prestaciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, reiteró que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme lo señalado en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

- **Prevalencia del precedente de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional sobre las del Consejo de Estado.**

Conforme hasta lo aquí expuesto, existe una clara distinción entre la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a si el IBL es objeto del régimen de transición.

Así, mientras el Consejo de Estado sostiene que en virtud de los principios de favorabilidad y no regresividad laboral el concepto de monto no sólo recoge la tasa de reemplazo a aplicar sino el IBL, la Corte Constitucional en respeto al principio de sostenibilidad financiera indica que el régimen transicional sólo tiene efectos sobre la

edad, tiempo de servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en las normas generales de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese escenario jurídico, surge el interrogante sobre que precedente jurisprudencial se debe seguir, esto atendiendo que ambos son precedentes verticales de obligatorio cumplimiento conforme a lo expuesto en el artículo 230 de la Constitución Política y la variación en el sistema de fuentes al que se encuentra atado el operador jurídico.

Al respecto, el Juzgado considera necesario tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011 en las cuales se declaró exequibles los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y en las que se resaltó que en caso de controversia entre una sentencia de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se aplicará de manera preferente la de esta última atendiendo su papel de interprete auténtico de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política como norma de normas (artículo 4 C.P.) del sistema jurídico Colombiano.

Así, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional decidió emitir una sentencia aditiva al señalar que las autoridades administrativas y judiciales al momento de dar aplicación a una sentencia de unificación del Consejo de Estado deberá dar aplicación preferente a las sentencias dictadas por el máximo tribunal constitucional en sede de tutela o en control abstracto de constitucionalidad en virtud de la prevalencia de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes y del papel de la Corte como interprete auténtico de la norma superior.

A continuación se transcriben algunos a partes de la sentencia C-634 de 2011:

*(...)*

*De otro lado, la inclusión del precedente constitucional en el precepto analizado resulta obligatoria para el legislador, pues ello se colige de los principios de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional, conforme lo expuesto esta sentencia. Así, se cumple con la segunda condición para la verificación de omisiones legislativas relativas. Ahora bien, es importante destacar que la misma norma acusada determina, como no podía hacerlo de otro modo, que las autoridades administrativas están sometidas a la aplicación uniforme de las normas constitucionales. Quiere ello decir, según los fundamentos jurídicos precedentes, que ese deber incorpora la obligación que dichas autoridades utilicen las reglas de derecho, derivadas de la jurisprudencia constitucional, que fijan el contenido y alcance de las normas de la Carta Política. Lo contrario significaría desconocer el artículo 241*

C.P., norma que confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Esto precepto, junto con el artículo 243 C.P., no son fórmulas retóricas del Estatuto Superior, sino la fuente normativa del carácter autorizado y vinculante de las subreglas jurisprudenciales creadas por esta Corporación. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales.

Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que **las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreseídas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (...)**. (Negrillas fuera del texto)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 resaltó nuevamente que sus sentencias deberán ser aplicadas de forma preferente y prevalente respecto a las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado. En la providencia referida la Corporación Constitucional expuso:

“(...)

**La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia (...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte**

**Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia (...)**. (Negritas fuera de texto)

En ese orden de ideas, resulta claro que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en caso que existan dos criterios unificadores contrarios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, deberá aplicarse el expuesto por la Máxima Corporación Constitucional dado a su papel de interprete auténtico de la norma de normas y por ende de todas las disposiciones legales sobre las cuales se aplique una interpretación a la luz de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución Política.

**- INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA**

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, se 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 2006<sup>11</sup>, 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***

<sup>11</sup> 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.

**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 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.” (Negritas fuera de texto)*

En conclusión, se estableció que para que proceda el ajuste de valor de la mesada se requiere 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.

#### - CASO CONCRETO.

El Juzgado resalta que con anterioridad se acogía en su integridad la tesis del Consejo de Estado según la cual el régimen de transición cobijaba tanto la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el Ingreso base de liquidación. No obstante, con base en lo expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia y en cumplimiento del artículo el 7º del CGP<sup>12</sup> aplicable al asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente<sup>13</sup>, el Despacho pasa a exponer las razones por las cuales cambia su posición y decide aplicar las subreglas de derecho establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017.

#### **Cumplimiento del precedente vertical dictado por la Corte Constitucional en Sentencias de Unificación**

<sup>12</sup> "Artículo 7: Legalidad (...)

*Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos" ( Negritas fuera del texto original)*

<sup>13</sup> De esa manera si el juez desea apartarse de una determinado precedente debe cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es exponer con claridad las razones por las cuales se aparta de ese precedente, porque no es aplicable al caso en concreto y porqué una aplicación distinta a ese precedente en ese asunto optimiza de mayor medida los derechos consagrados en la constitución política bajo el principio de razón suficiente. Para el efecto ver la sentencia T-116 de 2016.

Conforme se indicó, para que se considere que las subreglas establecidas en una sentencia proferida por la Corte Constitucional es necesario que se acredite que: (i) la *ratio decidendi* de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional similar y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho similar al que se debe resolver posteriormente<sup>14</sup>, es decir, que exista una identidad fáctica, jurídica y causal sobre el caso antes decidido.

Por lo expuesto, el Juzgado resalta que sólo la sentencia SU-395 de 2017 se ajusta a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para que se constituya como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento respecto a la tesis según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición y por lo tanto los servidores públicos que son beneficiarios de ese régimen a efectos de la liquidación y reliquidación de su pensión deben atender lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto si bien en la sentencia C-165 de 1994, se hizo referencia respecto a que sólo es objeto de transición la edad y el tiempo de servicios y lo demás se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, esta posición no fue pacífica al interior de la Corte Constitucional hasta la sentencia C-258 de 2013.

Al respecto, es pertinente hacer referencia a lo establecido por el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-210 de 2017 en el cual indicó:

*(...)*

***Sobre este tema, la Corte ha precisado que en los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, razón por la cual, se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.***

*Así por ejemplo, en la Sentencia C-168 de 1995, que declaró la inexecutable de un segmento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establecía, para efectos de la liquidación de la pensión, un tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, la Corte no hizo ningún pronunciamiento sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de ingreso base de liquidación. Posteriormente, en las Sentencia C-1056 de*

<sup>14</sup> Ver sentencia T -292 del 2006.

*2003 y C-754 de 2003, que declararon inexecutable las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y 4º de la Ley 860 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación tampoco abordó lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición.*

***Solamente, hasta el pronunciamiento realizando en la Sentencia C-258 de 2013, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación, en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)***. (Negrillas fuera de texto)

En ese orden de ideas, no se podía considerar como precedente jurisprudencial la sentencia C-165 de 1994, ya que existía discusión respecto a si la misma se había o no referido al IBL de la personas beneficiarias del régimen de transición.

Respecto a la sentencia C-258 de 2013, como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, en ese asunto se estudió el régimen especial de los congresistas y magistrados de altas Cortes, razón por la cual, las subreglas establecidas no son aplicables como precedentes a los casos en los cuales se discuta la forma de liquidar el IBL de los servidores públicos distintos a ese grupo beneficiarios del régimen de transición, ya que por disposición expresa de la misma Corte Constitucional ese criterio interpretativo sólo se aplica al referido grupo.

A igual conclusión se llega respecto a las sentencias SU-230 de 2015 y SU - 427 de 2016, toda vez que en esas oportunidades la Corte Constitucional estudio eventos resueltos por la Jurisdicción Ordinaria Laboral que dentro de sus competencias había decidido que el IBL no hacía parte del régimen transicional, posición que fue respaldada por el Máximo Tribunal Constitucional.

En efecto, al advertirse que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es el juez natural de los temas pensionales de los servidores públicos no les es aplicable las reglas previstas para trabajadores oficiales y ordinarios cuyas controversias las resuelve la Jurisdicción Ordinaria a través de su especialidad laboral, motivo por el cual las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 no se configuraron como “precedente unificador” para este Despacho.

Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de

transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudiaron acciones de tutela de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especial del INPEC, para concluir que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993 (el promedio del tiempo que les hiciere falta o de los últimos 10 años de servicio).

En ese orden de ideas, al existir precedente de la Corte Constitucional respecto a que el IBL no hace parte del régimen de transición, distinto a la tesis expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, deberá darse plena aplicación a lo dispuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017 ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el precedente vertical preferente, el sistema de fuentes, el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y teniendo en cuenta su papel de interprete autorizado de la Constitución Política su precedente es de obligatorio cumplimiento respecto a los emitidos por los demás órganos de cierre.

Por lo anterior, el Juzgado acoge en su integridad el precedente establecido por la Corte Constitucional, no sólo por su carácter prevalente si no por las razones que pasan a exponerse.

**Fundamentos que tuvo el Despacho con base en las sentencias del Consejo de Estado para aplicar en su integridad el régimen de transición.**

Dentro del discurrir argumentativo de esta providencia, se ha establecido que este Despacho con base en la sentencias del Consejo de Estado ha manifestado que en virtud de los principios de inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad laboral y *pro homine* concluyó que el IBL también es objeto del régimen de transición.

Así las cosas, el principio de inescindibilidad hace referencia a que una disposición normativa debe aplicarse en su integridad<sup>15</sup>, sin que se permita la mixtura de

<sup>15</sup> Corte Constitucional sentencia T-832A-13

normas. De esa manera, resalta el Despacho que no es factible afirmar que existe una vulneración a ese principio al determinar que por un lado se establece el beneficio del régimen de transición respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el IBL se establece con el régimen general; toda vez, que se está dando aplicación plena y en su integridad a la Ley 100 de 1993, que en la totalidad de su artículo 36 consagró el régimen de transición y los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios, (iii) tasa de reemplazo y (iv) forma de liquidar el índice base de liquidación que se reitera deberá efectuarse con base en los criterios generales del Sistema General de Pensiones.

Sobre el principio de progresividad y no regresividad laboral, consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del PIDESC, se establece que los Estados deben progresivamente efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales y está prohibido todo retroceso en un derecho que se haya alcanzado.

Al respecto, advierte el Despacho que la tesis según la cual el IBL hace parte del régimen de transición ha sido defendida por el Consejo de Estado dentro de sus competencias. No obstante, no se había realizado una mirada constitucional por parte del intérprete autorizado de la Constitución Política respecto al tema bajo estudio.

De esa manera, cuando la Corte Constitucional comenzó a estudiar el tema bajo estudio respecto del escenario de los principios, derechos, deberes y obligaciones constitucionales, ha mantenido una línea uniforme (C-165 de 1994, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU – 210 de 2017 y SU – 395 de 2017), en el sentido de precisar que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En ese orden de ideas, en primer lugar, no se puede argumentar que existe un derecho adquirido bajo la interpretación dada por el Consejo de Estado frente al IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, pues esa calidad se adquiere cuando la persona cumple con todos los requisitos legales para acceder a una pensión con la aplicación completa de su régimen, sin que sea plausible una modificación y/o extensión de beneficios por fuera del marco de acción otorgado por el legislador por vía jurisprudencial.

En segundo lugar, bajo la mirada constitucional del interprete autorizado de la Constitución, la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la norma superior, es aquella según la cual el IBL no es objeto del régimen transicional: (i) porque permite que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por otra parte, respecto al principio *pro homine* o pro persona dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que este tiene dos manifestaciones o reglas principales: (i) preferencia interpretativa y (ii) preferencia de normas<sup>16</sup>.

La preferencia interpretativa tiene a su vez dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y b) la interpretativa restringida. Frente a éstas, se tiene que la interpretación de Convenios de Derechos Humanos y normas nacionales siempre debe de hacerse a favor del individuo. Así, los derechos deben de interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos deben de interpretarse de manera restrictiva. Por lo cual, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y el que más se ajuste a los principios señalados en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la preferencia de normas se entiende como la aplicación de aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador, en caso de que resulten dos o más normas aplicables a un mismo asunto.

Ahora bien, en Colombia el principio *pro homine*, en el plano laboral ha tenido plena aplicación en el principio protector recogido por la Constitución Política en el artículo 53, al consagrar los principios de favorabilidad e *indubio pro operario*.

<sup>16</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, publicada por la Fundación Konrad Adenauer dentro del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Colombia, año 2014, ISBN 978-607-468-599-2, pag. 706-712.

Así las cosas, el principio de favorabilidad hace referencia que ante la existencia de dos o más normas aplicables al caso en concreto deberá preferirse aquella que más favorezca al trabajador;<sup>17</sup> y el *indubio pro operario* hace referencia que ante dos o más interpretaciones posibles respecto a una norma deberá aplicarse aquella que más beneficie al empleado<sup>18</sup>.

En ese orden de ideas, evidencia esta instancia judicial que no hay vulneración al principio de favorabilidad ya que no existen dos normas que regulen el régimen de transición ya que este se encuentra consagrado únicamente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece con claridad que el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias de ese régimen se efectúa con base en los criterios generales de la referida Ley.

Respecto al principio de *indubio pro operario*, señala el Juzgado que si bien a primera vista resulta más beneficiosa la interpretación según la cual el IBL es objeto de transición, conforme se indicó bajo el criterio de preferencia interpretativo extensivo y restringido, lo cierto es que el operador jurídico debe encontrar un equilibrio entre las normas que integran la Constitución Política; valoración que efectuó la Corte Constitucional como interprete autorizado en las sentencias citadas y en donde concluyó que en pro de salvaguardar los principios en disputa (sostenibilidad financiera y seguridad social de las personas beneficiarias del régimen de transición) es más ajustada a los principios y derechos de la norma superior la lectura según la cual el IBL no está sujeto a transición.

Lo anterior se reitera porque: i) permite que las personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo<sup>19</sup> con la cual iniciaron su vida laboral y (ii) porque al momento de liquidarse esas pensiones se garantizará su mínimo vital y a su vez se estará protegiendo el principio de sostenibilidad financiera.

Por todo lo expuesto, el Juzgado acoge en su integridad el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-395 de 2017, según el cual el régimen de transición sólo tiene efectos sobre la edad, tiempo de

<sup>17</sup> Para el Efecto. Ver T-559/11

<sup>18</sup> Para el Efecto. Ver T-730/14

<sup>19</sup> Sobre el particular se resalta que en ocasiones las autoridades administrativas y judiciales han modificado la tasa de reemplazo sobre la cual se liquida la pensión de un servidor público, cuando se avizora que en aplicación del principio de favorabilidad resulta más beneficioso la aplicación del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

servicios y porcentaje de la pensión (tasa de reemplazo), por lo que el IBL debe liquidarse con base en los criterios generales establecidos en la Ley 100 de 1993.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que la señora Berenice Acosta Pineda, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de la Resolución No. RDP 024386 del 9 de junio de 2017, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, negó la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios y la indexación de la primera mesada pensional y la nulidad de la Resolución No. RDP 031335 del 4 de agosto de 2017, por la cual se resolvió un recurso de apelación.

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, en virtud de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición y la indexación de la primera mesada pensional.

Entonces, se precisa que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, para los empleados del orden nacional, fecha para la cual la señora Berenice Acosta Pineda tenía más de 48 años de edad, pues nació el 1º de agosto de 1945, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 5 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 la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, pues así se indicó en la Resolución No. RDP 031335 del 4 de agosto de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación (Fls. 18-19).

Razón por la cual, atendiendo el precedente definido por la Corte Constitucional en lo que refiere a la manera de liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe promediar con base en la disposición contenida en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

Bajo el criterio esbozado en precedencia, considera este Despacho que para el asunto en concreto la aplicación integral del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 no es procedente, en consideración a que la Máxima Corporación Constitucional dispuso que en el marco de la transición de la Ley 100 de 1993, únicamente se tendrían en cuenta los presupuestos de la edad, el tiempo de servicios y el monto, refiriéndose este último a la tasa de remplazo y del cual se excluye el ingreso base de liquidación.

Así las cosas, no hay lugar a que la entidad demandada reliquide la pensión del demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, puesto que se estaría contrariando el precedente fijado por la Corte Constitucional.

#### - INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA

Con el fin de dirimir la segunda controversia se precisa que la parte actora pretende que se realice la indexación de la primera mesada, por considerar que la misma perdió su valor adquisitivo.

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.

Así las cosas, se encuentra demostrado con las pruebas obrantes en el expediente que el actor: (i) adquirió su estatus pensional el 1º de agosto de 2000 (Fl. 110 vto); (ii) que mediante Resolución No. 004093 del 23 de febrero de 2001, la entidad demandada reconoció pensión mensual vitalicia de vejez partir del 1º de agosto de 2000 (Fls. 110-112) y (iii) que se retiró del servicio el 29 de noviembre de 1995 (Fl. 7).

Analizado lo anterior, se evidencia que entre la fecha de retiro del servicio que se consumó el 29 de noviembre de 1995 y el momento del reconocimiento pensional

que se ordenó cancelar desde el 1º de agosto de 2000, transcurrió un periodo de tiempo objeto de actualización con el fin de evitar la pérdida del valor adquisitivo de la prestación.

Sin embargo, a folios 110 a 112 del expediente obra la Resolución No. 004093 del 23 de febrero de 2001, en la cual se relacionan los porcentajes del IPC de los años 1994 a 1999 aplicados a la prestación de la actora por los años 1995 a 2000.

Además a folio 19 vuelto, en la resolución que resolvió un recurso de apelación la entidad señaló que *"no hay lugar a indexar la primera mesada pensional en razón a que si bien no se encontraba activa en el servicio al momento de adquirir el status pensional, también es cierto que en el reconocimiento pensional se aplicó el IPC en debida forma del año 1994 al año 1999, tal como se evidencia en la Resolución No. 4693 (sic) del 23 de febrero de 2001, por lo que no habría un detrimento en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a la fecha de la efectividad del reconocimiento pensional"*.

Bajo las anteriores consideraciones, no se evidencia la pérdida del valor adquisitivo de la prestación que actualmente devenga la señora Berenice Acosta Pineda, puesto que la entidad aplicó el IPC correspondiente a los años 1995 a 2000, razón por la cual, no hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos impugnados, se impone denegar las súplicas elevadas.

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,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

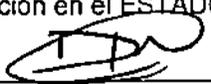
**SEGUNDO:** Sin lugar a imponer condena en costas.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia 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

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 27 de junio de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>46</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---



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

Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00113-00  
Demandante: **MARÍA NUBIA MALDONADO SANDOVAL**  
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y FIDUPREVISORA S.A.**  
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora MALDONADO SANDOVAL en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG y FIDUPREVISORA S.A.

**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 accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declarara la nulidad, de una parte, de la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación del Fondo demandado, mediante la cual se ajusta su pensión de jubilación, y de otra parte, del Oficio No. 20160171398681 del 2 de diciembre de 2016 en el que la Fiduciaria La Previsora S. A. negó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

Así mismo, como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordenara a las entidades demandadas efectuar, tanto la revisión y reajuste de la mencionada prestación incluyendo todos los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la obtención su estatus pensional, como el reintegro de los valores descontados para salud, sobre las mesadas adicionales de cada año desde la adquisición del derecho pensional, además de la suspensión del tales descuentos y el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior junto con los intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de condenar a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que la demandante labora como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 20 de abril de 1994, por lo que tras adquirir el estatus pensional el 9 de diciembre de 2015, mediante la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016 le fue reconocida la pensión, sin embargo la Fiduciaria que administra a FONPREMAG ha venido descontando el 12% para salud, sobre sus mesadas incluyendo las adicionales de junio y diciembre, sin que exista norma que así lo ordene.

Agrega que a través de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 31 de octubre de 2016, solicitó al Fondo demandado la revisión y ajuste de su pensión conforme al *petitum* de la demanda, igualmente por el reintegro y suspenso de los dineros descontados en exceso para salud, petición frente a la cual dicha entidad expidió la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017 mediante la cual se ajusta la prestación pero no conforme a derecho.

Así mismo indicó que mediante escrito radicado el 5 de septiembre de 2016 ante FIDUPREVISORA S.A., solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud, lo cual fue denegado mediante el Oficio No. 20160171398681 del 2 de diciembre de 2016.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:** Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 2º, 13, 25, 29, 46, 48, 49, 53 inciso 3, 58 y 228 de la Constitución Política, Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 4ª de 1966, Ley 6ª de 1945, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993 entre otros.

Para ello indica que además de los derechos de carácter fundamental, con tales decisiones se desconoce por las accionadas que las Leyes 33 de 1985 y 812 de 2003 contemplan los requisitos y forma como debe liquidarse la pensión de jubilación que goza de un régimen especial, el cual incluye la sanción prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sin que en la normatividad vigente se contemple el descuento para salud sobre las mesadas adicionales como viene haciéndolo la demandada.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** Dentro de la oportunidad procesal correspondiente (fl. 53), la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formulando la excepción que denominó “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, argumentando que los descuentos se realizaron conforme a la normatividad aplicable, sin que sea la FIDUPREVISORA S.A. quien dispone sobre el reconocimiento de las prestaciones, para lo cual hizo alusión a la naturaleza jurídica y competencias de cada una de las entidades que intervienen en el reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales de la accionante.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante auto proferido el 11 de mayo de 2018 (Fl. 145), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que la parte demandada guardó silencio mientras que la demandante se pronunció reiterando los argumentos de la demanda, pues la omisión del pago de erogaciones que deben hacer parte de su pensión, genera un detrimento patrimonial.

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 se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si le asiste el derecho a la demandante, a que se reajuste la pensión de jubilación que disfruta incluyendo todos los factores de salario devengados en el año anterior a la obtención de su estatus pensional y a que se le reintegren los valores descontados para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho.

### 2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- a. Copia simple de la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016, 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 la pensión vitalicia de jubilación que devenga la accionante (fls. 2).
- b. Copia del escrito presuntamente presentado en ejercicio del derecho de petición, mediante el cual la accionante solicitó pronunciamiento del Fondo demandado conforme al *petitum* de la demanda (fls. 5-6).
  - c. Copia de la petición radicada el 5 de mayo de 2016 ante FIDUPREVISORA S. A., en la que se solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (fl. 7).
  - d. Copia de la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017, mediante la cual se ajustó la pensión de jubilación de la accionante (fl. 8-9).
  - e. Copia del Oficio No. 20160171398681 del 2 de diciembre de 2016 en el que la Fiduciaria La Previsora S. A., denegó la devolución y suspensión de los descuentos para salud (fls. 12-13).
  - f. Formato único para expedición de salarios en los que constan los factores salariales percibidos por la accionante en el año inmediatamente anterior a la obtención su estatus pensional (fl. 14-15).
  - g. Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 169).
  - h. Copia del expediente administrativo de la accionante (fls. 93 a 135).
  - i. Extracto de pagos detallados a la accionante y certificación de los descuentos efectuados a la docente (fl. 136 - 139)

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia, al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación, luego de lo cual se hará alusión al marco jurídico que rodea el tema de los descuentos para salud y su aplicación sobre las mesadas adicionales, así como de las disposiciones consagradas en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

### - DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

*"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.*

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"*.

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

*"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

*Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).*

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

*"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".*

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar 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.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*(...)*

*Parágrafo 1o. (...)*

*PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

*(...)"*.

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

**"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

**Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.**

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

**"ARTÍCULO 1o.** Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

**"Parágrafo transitorio 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Por tanto, los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho se abstendrá de hacer referencia al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 *idídem*, según la cual, no será aplicable el régimen de la presente Ley a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

#### **-DE LOS FACTORES SALARIALES**

Así las cosas, se prosigue con el estudio de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

*“Artículo 3°. 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, 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."<sup>2</sup> (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 (...)"<sup>3</sup> (Negrillas fuera de texto).*

<sup>2</sup> Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01,

<sup>3</sup> *Ibidem*.

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón<sup>4</sup>, 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.

#### - DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 -*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*-, en los siguientes términos:

*"Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:*

*a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*

*b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

*Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."*

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

*"Artículo 90. Prestación asistencial.*

*(...)*

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional."*

Luego, la Ley 4ª de 1976; *"por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones"*, creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

<sup>4</sup> Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

**"Artículo 5º.-** Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto."

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados, señaló la norma:

**"Artículo 5.** A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Destaca el despacho)

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

**"Artículo 50. Mesada adicional.** Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

**"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988,~~ tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

**Parágrafo.** Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual." (Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

**"Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados.** A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

**Parágrafo transitorio.** Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

**"Artículo 30. Monto de la cotización.** De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.

*De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.*

*La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.*

*Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."*

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

**Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales.** De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

*La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.*

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

**Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales." (Destaca el Despacho)

No obstante, el parágrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado "...únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993..." a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

*"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.*

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*

*El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.*

*El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.*

*El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.*

*PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989".*

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

*"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.*

*El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.*

*PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.*

*PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos."*

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección "C", de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

**"DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES**

(...)

*En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.*

*Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.<sup>5</sup>*

<sup>5</sup> Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etefvina Alejo de Riveros

Así mismo, la Subsección "F" de dicho Tribunal en providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

**"sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:**

**"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.**

(...)

**II. se responde.**

**El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada"**

**De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.**

(...)

**Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)**

**En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.**

(...)

**En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.**

**En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.**

**Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación." (Negrilla fuera texto)**

Así las cosas, este Despacho señala que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base, a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todos las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se perciben en junio y diciembre, generándose un doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. Situación que en su momento discurrió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

#### - INTERESES MORATORIOS

El derecho al trabajo no se encuentra establecido sólo para cubrir la prestación personal de un servicio que realiza una persona natural a un empleador, sino que su alcance se extiende más allá, garantizando dentro de su núcleo esencial las condiciones dignas del servicio, la afiliación al Sistema General de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales y la obtención de una pensión que cubra las contingencias que pueden llegarse a presentar como la vejez.

A lo largo de la Constitución Política el dicha garantía ocupa un papel preponderante, así desde el preámbulo se señala como un criterio axiológico que orienta los fines del Estado Social de Derecho, el artículo 25 dispone que *"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."*, los artículos 48 y 49 establecen los derechos a la Seguridad Social de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral que en tratándose de los pensionados señala el derecho que tienen de recibir puntualmente las mesadas que le corresponden y que su valor se actualice constantemente según el aumento del costo de vida, esto con el fin que el pago recibido se adecue correctamente a sus necesidades básicas.<sup>6</sup>

No hay que perder de vista que los pensionados por ser sujetos de avanzada edad gozan de una especial protección constitucional en atención a las condiciones particulares en que se encuentran, motivo por cual el Estado debe garantizar que reciban oportunamente sus mesadas pensionales.

Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos, en diferentes disposiciones se consagra la especial protección con la que gozan las personas de la tercera edad, así en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se estableció en su artículo 17 lo siguiente:

*"Art 17: Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos."*

De igual forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución A46/91, adoptó los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, en el cual le solicita a los Estados adoptar políticas internas que garanticen el acceso a bienes y servicios básicos, fuentes de ingresos y a redes de apoyo dirigidas por el Estado, la familia y la sociedad que garanticen su autodeterminación, cuidado y libertad.

---

<sup>6</sup> Para el efecto observar las sentencias C-593 de 2014 y C-931 de 2014 proferidas por la Corte Constitucional

Con base en esa protección especial con la que gozan los pensionados, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció una sanción para las entidades públicas o particulares que retarden el pago de una pensión, bajo los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago."*

La Corte Constitucional en sentencia C-601 de 2000 al realizar control de constitucionalidad a la anterior norma, señaló expresamente que la sanción moratoria por el pago tardío de las mesadas pensionales se encuentra instituida a favor de todos los regímenes incluyendo los contenidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los que se encuentran los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto advirtió:

*"(...) La Corte debe recordar que en este caso los intereses de mora tienen como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad (art. 46 C.N.), quienes por sus condiciones físicas, o por razones de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitadas para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia o la de su familia. Luego, a juicio de la Corte, de no existir el reconocimiento por parte del legislador de los intereses de mora a favor del pensionado se convertirían en irrisorias las mesadas pensionales en caso de un incumplimiento tardío por parte de los organismos de la seguridad social encargados de satisfacer ese tipo de prestaciones sociales, pues la devaluación de la moneda hace que se pierda su capacidad adquisitiva en detrimento de este sector de la población.*

*Así las cosas, para la Corte es evidente que desde el punto de vista constitucional, las entidades de seguridad social están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, pues el artículo 53 de la Carta es imperativo y contundente al disponer que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones. En este sentido, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desarrolló cabalmente este mandato superior, pues, la obligación de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, un interés de mora que consulte la real situación de la economía, es una consecuencia del artículo superior referido, en la parte concerniente a pensiones legales en conexión con el artículo 25 ibidem, que contempla una especial protección para el trabajo. En este sentido también es oportuno precisar que tal indemnización a los titulares de las pensiones por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas debe aplicárseles a los regímenes especiales anteriores y subsistentes con la ley 100 de 1993, esto es, los que se encuentren en las excepciones previstas en el artículo 279 de la referida ley (...)" (Negritas fuera del texto original).*

Con anterioridad a la referida providencia, el máximo Tribunal Constitucional en sentencia C-367 de 1995 se expresó sobre el derecho que tienen los pensionados a que sean cancelados los intereses moratorios cuando su mesada pensional es pagada tardíamente bajo el siguiente tenor:

*"Los pensionados, que al fin y al cabo gozan de especial protección en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo (artículo 25 C.P.), son titulares de un derecho de rango constitucional (artículo 53 C.P.) a recibir puntualmente las mesadas que les corresponden y a que el valor de éstas se actualice periódicamente según el ritmo del aumento en el costo de la vida, teniendo en cuenta que todo pago efectuado en Colombia, al menos en las circunstancias*

*actuales, debe adaptarse a las exigencias propias de una economía inflacionaria. Ello es consustancial al Estado Social de Derecho, que se ha instituido como característica sobresaliente de la organización política y como objetivo prioritario del orden jurídico fundado en la Constitución, por lo cual no cabe duda de la responsabilidad en que incurren los funcionarios y entidades que desatienden tan perentorios mandatos.*

*No puede concebirse, entonces, a la luz de los actuales principios y preceptos superiores, la posibilidad de que las pensiones pagadas de manera tardía no generen interés moratorio alguno, con el natural deterioro de los ingresos de los pensionados en términos reales (...)*

*Además, ninguna razón justificaría que los pensionados, casi en su mayoría personas de la tercera edad cuyo único ingreso es generalmente la pensión, tuvieran que soportar, sin ser adecuadamente resarcidos, los perjuicios causados por la mora y adicionalmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el incumplimiento de las entidades correspondientes.*

*Desde luego, las obligaciones de pagar oportunamente las pensiones y de asumir, en caso de no hacerlo, unos intereses de mora que consulten la real situación de la economía se derivan directamente de la Constitución y deben cumplirse automáticamente por los entes responsables, sin necesidad de requerimiento judicial (...)*

Por lo expuesto, se concluye que las entidades públicas o privadas encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones deben crear mecanismos idóneos que garanticen el pago oportuno de las mesadas pensionales ya que de no hacerlo se verán obligadas a cancelar los intereses moratorios de conformidad a lo expuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

### **Trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

Respecto al trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario observar lo establecido en el Decreto 1075 de 2015 que modificó el Decreto 2831 de 2005 en los siguientes términos:

*“Artículo 2.4.4.2.3.2.1. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.*

*Artículo 2.4.4.2.3.2.2. 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 secretaría 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 esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario 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 de 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 este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 2.4.4.2.3.2.3. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 2.4.4.2.3.2.4. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."

En efecto, las prestaciones de los docentes que prestan el servicio a los establecimientos educativos de cada entidad territorial, son reconocidas por las Secretarías de Educación de los Departamentos, Distritos y/o Municipios, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo establecido en la Ley 91 de

1989, la Ley 115 de 1994 y el Decreto 1075 de 2015; prestaciones que a su vez serán canceladas con los recursos del patrimonio autónomo del Fondo administrado hoy por la Fiduciaria La Previsora S.A. con base en el contrato de fiducia No. 083 de 1990.

En ese orden de ideas, el término para que se profiera el acto administrativo por medio del cual se resuelve una petición para el reconocimiento y pago de una pensión de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es de 30 días hábiles contados a partir de la radicación del escrito de petición.

**Término para efectuar el pago de las pensiones con la que cuentan las entidades administradores de los Fondos Pensionales.**

El artículo 4° de la Ley 700 de 2001 establece que las entidades públicas y privadas encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones deben efectuar la cancelación de la mesada pensional a que tuviere derecho el petitionerio dentro de los 6 meses siguientes a la radicación de la petición por medio del cual se solicita el reconocimiento y pago de la prestación pensional.

De esa manera, el tenor literal del artículo 4° de la Ley 700 de 2001 señala:

*"A partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.*

**PARÁGRAFO.** *El funcionario que sin justa causa por acción u omisión incumpla lo dispuesto en el presente artículo incurrirá con arreglo a la ley en causal de mala conducta y será solidariamente responsable en el pago de la indemnización moratoria a que haya lugar si el afiliado ha debido recurrir a los tribunales para el reconocimiento de su pensión o cesantía, el pago de costas judiciales, será a cargo del funcionario responsable de la irregularidad."*

En ese orden de ideas, desde el momento de radicación de la petición de reconocimiento y pago de una prestación pensional, para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio comienzan a correr dos términos a saber: (i) el de 30 días hábiles para proferir el acto administrativo por medio del cual se señala si procede o no el reconocimiento solicitado y (ii) el pago de la mesada pensional, términos que a su vez transcurren de forma concurrente.

## **CASO CONCRETO.**

En el asunto de la referencia la señora MARÍA NUBIA MALDONADO SANDOVAL, actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017 y del Oficio No. 20160171398681 del 2 de diciembre de 2016, la primera mediante la cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG, realizó el reajuste de su pensión pero no en los términos de la Ley 33 de 1985 según la accionante; y el segundo en el que FIDUPREVISORA S.A. negó la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%), sobre las mesadas adicionales de cada anualidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester resolver, de una parte, si la accionante ostenta derecho a que se efectúe una nueva reliquidación de la mesada pensional que disfruta, de otra, si tales mesadas que percibe en los meses de junio y diciembre son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud y consecuente a ello, si procede o no la devolución de los mismos y se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Finalmente el Despacho analizará si es dable el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

### **- De la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante**

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que la accionante se vinculó como docente a partir del 4 de mayo de 1994, que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su status pensional el 9 de diciembre de 2015 (Ver fl. 2), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016, FONPREMAG reconoció a la señora MALDONADO SANDOVAL la pensión vitalicia de jubilación, indicando que su mesada pensional corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional (Fl. 2 vto.), prestación que fue objeto de reajuste mediante la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017, de la que obra copia a folio 8 del plenario.

De conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, 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 año anterior a la adquisición del estatus pensional, 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, acorde con el acto administrativo antes referido, la referida beneficiaria adquirió su status pensional el 9 de diciembre de 2015, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 2014 y el 9 de diciembre de 2015.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" (fls. 14-15), según el cual, la accionante durante el mismo percibió: sueldo, prima especial, prima de servicios, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016 (Fl. 2), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta únicamente sueldo y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados, prima especial, prima de servicios, bonificación decreto y prima de navidad, y si bien es cierto la entidad procedió a efectuar el reajuste de tal prestación mediante la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017 (fl. 8), y que es objeto de litigio, lo cierto es que además de los ya reconocidos, solamente se incluyó la bonificación decreto, quedando igualmente sin reconocer los demás factores (primas: especial de servicios y de navidad), razón por la cual, la entidad demandada desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, consagrado en la Ley 33 de 1985.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 1167 del 13 de febrero de 2017, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ajustó una pensión vitalicia de jubilación, pero solo en lo atinente a la liquidación de tal prestación por

cuanto no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la accionante en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión que disfruta la señora MARÍA NUBIA MALDONADO SANDOVAL, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 10 de diciembre de 2014 y el 9 de diciembre de 2015, a saber: **la doceava parte de la prima especial, la doceava parte de la prima de servicios y la doceava parte de la prima de navidad**, además del sueldo, la prima de vacaciones y la bonificación decreto, ya reconocidos.

- **De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre**

Continúa entonces el Despacho resolviendo lo atinente a los referidos descuentos, para lo cual se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

De esa manera, conforme lo señalan la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, los pensionados sin importar el régimen en el cual adquirieron el estatus pensional sólo se encuentran obligados a cotizar al régimen contributivo de salud un 12% en cada mesada pensional, por lo cual para las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje que por Ley se debe aportar es el 12% sin que sea dable realizar un 24%, ya que esto implicaría que por el mismo mes se estaría efectuando un doble descuento.

Ahora bien, se tiene que a folios 138 a 139 del expediente, obran el extracto de pagos y la certificación de descuentos sobre la mesada pensional de la accionante, expedida por Fiduprevisora S. A. en los que consta que la prestación pensional de dicho sujeto procesal, ha sido objeto de doble descuento por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al aplicarlos sobre las mesadas adicionales.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del adquirió el estatus pensional, esto es el 9 de diciembre de 2015, fecha desde la cual se reconoció la pensión.

**- De la indemnización moratoria reclamada (Art. 141, Ley 100 de 1993)**

Conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, a partir de la radicación del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para garantizar que dentro de los 6 meses siguientes se va a proceder el pago de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, toda vez que si no se realiza en ese periodo se causaran intereses moratorios en virtud de lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, disposición normativa que aplica a todos los regímenes incluso a los exceptuados en el artículo 279 ibídem, dentro de los cuales se encuentra el establecido a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000.

En ese orden de ideas, para determinar si le asiste derecho a la accionante a obtener el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es necesario establecer: (i) la fecha de radicación del escrito de petición mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prestación pensional y; (ii) la fecha en la cual se efectuó el pago de la pensión.

En el caso bajo estudio, se encuentra probado que la señora Maldonado Sandoval elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 11 de febrero de 2016<sup>7</sup> en el cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, prestación reconocida por la entidad accionada mediante la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016 (fl.2), lo que permite inferir que tenía plazo para materializar el pago de la misma a partir del 11 de agosto de 2016.

La Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuó el pago de la pensión de la

---

<sup>7</sup> Según se colige de la Resolución No. 1397 del 4 de marzo de 2016 obrante a folio 2.

accionante junto con las mesadas atrasadas el 31 de mayo de 2016 conforme se advierte de la relación de pagos obrante a folio 139 (vto.) del expediente.

En ese orden de ideas, se advierte que la entidad accionada no incurrió en la sanción moratoria señalada en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, toda vez que tenía hasta el 11 de agosto de 2016 para empezar a cancelar la pensión de la parte actora y el pago de la prestación pensional se llevó a cabo el 31 de mayo de 2016, en consecuencia no hay lugar a reconocer la indemnización reclamada.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad que ostentan, tanto la Resolución No. 1167 del 3 de febrero de 2017 en lo atinente a la reliquidación que tiene derecho la accionante, como el Oficio No. 20160171398681 del 2 de diciembre de 2016, en cuanto a los descuentos efectuados, se declarará la nulidad parcial de la primera y total del segundo.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** tanto de las mesadas objeto de reliquidación como de los descuentos que serán susceptibles de devolución en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles tales derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para lo cual es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 9 de diciembre de 2015 (Fl. 5) y que el 5 de septiembre de 2016 solicitó ante Fiduprevisora S. A. la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%) sobre sus mesada adicionales, petición que igualmente fue incluida en el escrito radicado el 31 de octubre de 2016 (fl. 5)<sup>8</sup>, en la que también peticionó la reliquidación de su pensión de jubilación, escritos que generaron la interrupción del término prescriptivo, más cuando la acción de la referencia fue impetrada el 15 de marzo de 2017, esto es sin que se completara el término de 3 años consagrados en la norma, lo que nos permite concluir que en este asunto no operó dicho fenómeno jurídico.

---

<sup>8</sup> Según lo indicado por la entidad demandada en la Resolución No. 1167 del 3 de febrero de 2017 visible a fl. 8.

Las sumas que resulten de los anteriores reconocimientos, 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 tanto por concepto de pensión de jubilación como por descuentos para salud, 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 prescripción<sup>9</sup>, 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 (...).*

<sup>9</sup> 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 favorabilidad<sup>10</sup> deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada igualmente 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

<sup>10</sup> 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 1995, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

*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 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,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar de una parte, la nulidad parcial de la Resolución No. 1167 del 3 de febrero de 2017 mediante la cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG ajustó la pensión de jubilación de la accionante, pero sólo en lo atinente a la liquidación del monto de tal prestación, por no tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales devengados, y de otra parte, la nulidad absoluta del Oficio No. 2010171398681 del 2 de diciembre de 2016 en el que la Fiduciaria La Previsora S. A.

negó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condena la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a FIDUPREVISORA S. A. a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación que disfruta la señora MARÍA NUBIA MALDONADO SANDOVAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.611.805, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 2014 y el 9 de diciembre de 2015, a saber: **la doceava parte de la prima especial, la doceava parte de la prima de servicios y la doceava parte de la prima de navidad**, además del sueldo, la prima de vacaciones y la bonificación decreto, ya reconocidos, a partir del 9 de diciembre de 2015, fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho pensional, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador, igualmente 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.

**TERCERO:** Igualmente se condena a las entidades antes mencionadas, a suspender los descuentos y reintegrar las sumas descontadas, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga la señora MARÍA NUBIA MALDONADO SANDOVAL, con destino al sistema de salud, causadas a partir del 9 de diciembre de 2015, conforme a lo expuesto en precedencia.

**CUARTO:** Las sumas que resulten de los anteriores reconocimiento y condena, respectivamente, 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:

$$R = R.H. (\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL})$$

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.

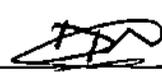
**QUINTO:** Sin lugar a condena en costas.

**SEXTO:** Dese 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

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 27 de junio de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>046</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---



**0JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2017-00024-00  
**Demandante:** BLANCA AURORA CONTRERAS DE PÉREZ  
**Demandado:** NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
**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 Aurora Contreras de Pérez en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**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 Aurora Contreras de Pérez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se tenga como configurado el acto ficto negativo en consideración a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se pronunció de fondo respecto de la petición elevada el 6 de septiembre de 2016, mediante el cual se solicitó la reliquidación de su pensión de vejez.

Se declare la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la petición presentada el 6 de septiembre de 2016, mediante la cual solicitó la reliquidación de su pensión de vejez.

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0996 del 1° de junio de 2009 y 1660 del 10 de agosto de 2009 proferidas por la Secretaria de Educación de Cundinamarca en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de las cuales negó la

reliquidación de la pensión de vejez de la actora teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados en el último año en el que adquirió el estatus pensional.

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:

Reconocer y pagar el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de Ley, desde la fecha de la adquisición del estatus de pensionada de la actora.

Condenar al sujeto pasivo a cancelar las sumas adeudadas con el ajuste valor conforme al IPC según los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Condenar a la entidad accionada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia sobre las sumas adeudadas con base en lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 192 ibídem y a cancelar las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.22):

La accionante cumplió el estatus de pensionada cuando se encontraba prestando el servicio al Municipio de Sibaté afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Secretaria de Educación de Cundinamarca en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución No. 0996 del 1° de julio de 2009, reconoció pensión de vejez a la parte actora sin tener en cuenta las primas de vacaciones y de navidad.

En vista de lo anterior, la parte actora interpuso recurso de reposición en contra del anterior actor administrativo, recurso que fue resuelto negativamente a través de la Resolución No. 1660 del 10 de agosto de 2009.

La accionante en ejercicio del derecho de petición elevó escrito ante la accionada el 6 de septiembre de 2016 en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de vejez sin que hasta la fecha se haya proferido respuesta.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1º, 2º, 4º, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política, Ley 91 de 1989, Decreto 2563 de 1990, Decreto – Ley 2277 de 1979, Ley 4ª de 1992, Decreto 1440 de 1992, Ley 115 de 1994, Ley 65 de 1946, Ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, Ley 24 de 1947, Ley 6ª de 1945, Decreto 1045 de 1978 y Ley 812 de 2003.

Señaló el apoderado de la parte actora que la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% de lo percibido durante el último año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se abstuvo de presentar contestación de la demanda dentro del término legal.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** El Despacho corrió traslado para alegar a las partes procesales y al Ministerio Público para que rindiera concepto mediante providencia del 18 de mayo de 2018 (fl.109).

La parte actora presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial del 24 de mayo de 2018 (fl.111) en el cual solicitó se reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus.

La entidad demanda 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 octubre de 2017 (Fls. 64 a 67), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿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 6 de septiembre de 2016?
2. ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reliquidada su pensión de jubilación incluyendo los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional?

### 2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 000996 del 1° de julio de 2009 mediante la cual la Secretaria de Educación de Cundinamarca en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión de vejez a la parte actora (Fls.3 a 6).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 001660 del 10 de agosto de 2009 a través del cual la accionada negó el recurso de reposición que interpuso el extremo activo en contra del anterior acto administrativo (Fls.8 a 12).

2.3. Copia simple del documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS E HISTORIA LABORAL*", en el que se indican los factores salariales devengados por la accionante (Fls.14 a 21).

2.4. Escrito radicado por la parte actora ante la demandada el 6 de septiembre de 2016 en el cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus (Fls.37 a 40).

2.5. Certificado de tiempo de servicios de la accionante (Fl.84).

2.6. Certificado de los factores salariales devengados por el sujeto pasivo en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2006 y el 9 de abril de 2007 proferido por la Secretaría de Educación de San José de Cúcuta (Fl.97).

2.7. Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante (Fl.2).

### **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, 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 y en segundo lugar al régimen que regula la pensión por aportes de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar esa prestación.

#### **SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la parte actora ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene fecha de radicación del 6 de septiembre de 2016, 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 Estado<sup>1</sup>, 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 de lo Contencioso Administrativo.

## **PENSIÓN POR APORTES**

Previo a realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, es menester precisar que la Secretaría de Educación de Cundinamarca en nombre y

<sup>1</sup> 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.

representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión de jubilación de conformidad a lo establecido en la Ley 71 de 1988, en consideración a que la actora acreditó más de 20 años de aportes sufragados tanto del sector público como del sector privado.

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la normatividad que establece el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 71 de 1988.

#### - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

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 más 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 que consagra la pensión por aportes es la Ley 71 de 1988.

## LEY 71 DE 1988

El régimen que establece la pensión por aportes en su artículo 7º dispuso:

*"ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, **tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". (Negrillas fuera de texto)*

Disposición reglamenta por el Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 20 estableció:

*"Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.*

*No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:*

- a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;*
- b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.*
- c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;*
- d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez".*

No obstante, el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, derogó en su integridad el artículo que precede.

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y como requisito para acceder a la mencionada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores oficiales acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, y ante el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, en lo que refiere al ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 9° de la Ley 71 de 1988, discurrió:

*“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.*

*(...)”.*

(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 8° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, señaló:

*“Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”*

A su vez, el artículo 6° ibídem, preceptuó:

*“Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.*

*Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”*

No obstante, el citado artículo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, generándose de esta manera un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la pensión por aportes.

Al respecto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el expediente con número de radicado 2427-2011, en sentencia de 15 de mayo de 2014, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, bajo los siguientes argumentos:

*“(…) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.*

*Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.*

*En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura "cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." (...)*

*Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).*

*Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional. (...)"*

Así las cosas, en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, es posible dar aplicación al artículo 6º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación para efectos de liquidar las pensiones por aportes.

De lo anterior, se colige que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe tener en cuenta como base el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en un 75%.

#### **- 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 que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que son

aquellos que de manera habitual y periódica percibe le trabajador como contraprestación de sus servicios, anotando lo que sigue:

*"(...) 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 (...)"<sup>2</sup> (Negritillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón<sup>3</sup>, 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.

## CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta los interrogantes formulados en la fijación del litigio, es menester resolver en primer lugar si se encuentra configurado el acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto a la petición radicada por la actora ante la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de septiembre de 2016 y en segundo lugar, si la demandante tiene derecho a que su pensión sea reajustada con los factores salariales devengados en último año anterior a la adquisición del estatus pensional.

<sup>2</sup> Ibidem.

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

## **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 el caso bajo estudio se tiene que se encuentra demostrado que la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez radicó petición ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 6 de septiembre de 2016 (fl.37), en el cual solicitó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto el 6 de diciembre de 2016 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 la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de septiembre de 2016.

## **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

En el asunto de la referencia la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez, actuando a través de apoderado judicial, solicita la nulidad de los actos acusados mediante los cuales la accionada negó la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Ahora, 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 tenía 42 años de edad, pues nació el 2 de

julio de 1952, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 2 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que la actora al cotizar tanto al sector público como al sector privado, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó la Secretaría de Educación de Cundinamarca en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Resolución No. 996 del 1° de julio de 2009, mediante la cual le reconoció a la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez pensión de vejez, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status (Fls. 3 a 6).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, 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 año anterior a la adquisición del status pensional.

Así las cosas, de conformidad con la Resolución No. 996 del 1° de julio de 2009, la señora Contreras de Pérez laboró en el sector privado<sup>4</sup> y público<sup>5</sup>, a partir del 25 de marzo de 1980 y que adquirió su status pensional el 2 de julio de 2007 (fl. 4), de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2006 y el 1° de julio de 2007.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2006 y el 1° de julio de 2007. Para ello, se advierte que de conformidad a los certificados obrantes a folios 15 y 102 del plenario, la actora en el referido periodo trabajó al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca y de Cúcuta.

Por lo anterior, se tendrán en cuenta todos los factores devengados en ese periodo bajo ambas entidades territoriales. En efecto, de los certificados visibles a folios 15 y 102 del

---

<sup>4</sup> Instituto de Seguro Social.

<sup>5</sup> FONCEP Y FONMPRE MAG.

expediente se advierte que la accionante devengó en ese tiempo los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 996 del 1º de julio de 2009 (Fls. 3 - 6), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez por aportes tuvo en cuenta únicamente la asignación básica, quedando pendiente de reconocer la prima de vacaciones y prima de navidad, por lo que el Juzgado le ordenará al sujeto pasivo reliquidar la pensión de vejez de la parte actora teniendo en cuenta los anteriores factores salariales (primas de vacaciones y de navidad) además del sueldo básico ya reconocido.

Ahora bien, se advierte que las reglas señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 395 de 2017, para efectos de liquidar la pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es aplicable a la actora, toda vez que ella al ser docente y al encontrarse afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pertenece a un régimen especial que se encuentra exceptuado de la aplicación general del Sistema Integral de Seguridad Social, tal como lo establece el artículo 279 de la referida Ley 100 de 1993.

Bajo las anteriores consideraciones, el Juzgado declarara la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, comprendido entre 2 de julio de 2006 y el 1º de julio de 2007 a saber: **las doceavas partes de la prima de vacaciones y de navidad** además del sueldo básico ya reconocidos.

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 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 le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 996 del 1º julio de 2009 (fl.3), que radicó escrito de petición solicitando la reliquidación de la referida pensión el

6 de septiembre de 2016 (fl.37) y que presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento el 27 de enero de 2017 (fl.30), motivo por el cual las mesadas que serán objeto de reajuste serán las causadas a partir del 6 de septiembre de 2013 en aplicación de la prescripción trienal.

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.

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 prescripción<sup>6</sup>, 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*

<sup>6</sup> 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."

**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.<sup>(...)</sup>**

(...)

*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<sup>(...)</sup>.*

*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.<sup>(...)</sup>*

(...)" (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 favorabilidad<sup>7</sup> 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

<sup>7</sup> 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.

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 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 existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición presentada el 6 de septiembre de 2016.

**SEGUNDO.-** Declarar la nulidad del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición presentada el 6 de septiembre de 2016, conforme lo expuesto.

**TERCERO:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 996 del 1° de julio de 2009, y la nulidad de la Resolución No. 1660 del 10 de agosto de 2009 expedidas por la Secretaría de Educación de Cundinamarca en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión de vejez de la señora Blanca Aurora Contreras de Pérez, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.575.009, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de la adquisición del estatus, esto es, en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2006 y el 1° de julio de 2007, a saber: además del sueldo básico ya reconocido, **las doceavas partes de la prima de navidad y prima de vacaciones a partir del 6 de septiembre de 2013**, previo descuentos de los valores cancelados en virtud de la Resolución No. 996 del 1° de julio de 2009 y las sumas 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 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Las sumas que resulten del anterior reconocimiento y condena, respectivamente, 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.

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.

**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:** 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.

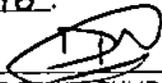
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

S.A

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA  
Juez

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

Hoy 27 de junio de 2018 se notifica el auto anterior por anotación  
en el ESTADO No. 46.

  
\_\_\_\_\_  
DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO  
Secretario



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2016-00646-00  
**Demandante:** MARIA CECILIA MOJICA ARGUELLO  
**Demandado:** SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD  
SUR ESE – HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia  
de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Cecilia Mojica Arguello en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE – Hospital de Meissen II Nivel.

**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 Cecilia Mojica Arguello, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 200-420-2016 del 18 de mayo de 2016, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE – Hospital de Meissen II Nivel, negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que existió entre las partes.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, a:

En aplicación del principio de la primacía de la realidad frente a las formalidades en la relación laboral se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y la accionada desde el 1º de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013.

Elevar a la categoría de empleado público a la accionante de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2º del Decreto 1919 de 2002.

Condenar a la entidad accionada a cancelar las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas al accionante desde el 1º de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2016 sumas que deberán ser indexadas.

Condenar a la demandada a pagar las cesantías, los intereses a las cesantías, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones y auxilio de alimentación por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013.

Condenar al sujeto pasivo a realizar la afiliación a la accionante al Sistema Integral de la Seguridad Social y la Caja de Compensación Familiar por el periodo anotado.

Condenar a la entidad demandada a devolver los valores descontados por concepto de retención en la fuente.

Condenar al sujeto pasivo a pagar a la parte actora la indemnización establecida en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Condenar a la accionada a pagar la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no haber afiliado al Fondo Nacional del Ahorro a la actora.

Condenar a la demandada pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

Condenar a la entidad accionada al pago de los intereses moratorios por el pago tardío de las cesantías establecido en la Ley 52 de 1975, Decreto 116 de 1976 y Ley 50 de 1990.

Condenar al sujeto pasivo a pagar la indemnización establecida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que hace relación al despido de la trabajadora en estado de embarazo.

Condenar a la accionada a pagar a favor de la accionante la diferencia salarial entre el valor reconocido como licencia de maternidad de sus dos partos durante el tiempo que duro al servicio de la entidad, concedida por la E.P.S y el valor del salario que debió devengar en calidad del vínculo laboral que existió.

Condenar a la entidad demandada a cancelar la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales y reconocer todo beneficio convencional consagrado en la Convención Colectiva.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 104 a 107):

1. La señora Mojica Arguello prestó sus servicios de manera constante e ininterrumpida para la accionada desde el 1° de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013 en el cargo de auxiliar administrativo – auxiliar de autorización de referencia y contrareferencia.
2. La vinculación de la parte actora fue a través de contratos sucesivos de arrendamiento de prestación de servicios profesionales, habituales sin interrupción alguna durante todo el tiempo de servicio.
3. El último salario percibido por la accionante fue de un millón ciento noventa y cuatro mil ciento treinta y nueve pesos (\$1.194.139).
4. En la entidad accionada existían empleados de planta que prestaban los mismos servicios que la actora.
5. El pago por la prestación de los servicios se llevaba a cabo a través de una cuenta de ahorros en el Banco Davivienda conforme al formato señalado por la accionada.
6. El sujeto pasivo le exigía a la actora afiliarse como independiente al Sistema Integral de Seguridad Social.
7. A la parte actora le fue entregado carnet que debía ser portado todo el tiempo.

8. Durante la vigencia de la relación laboral a la demandante no se le cancelaron las prestaciones sociales a pesar que se solicitaron mediante el escrito del 26 de abril de 2016.
9. La accionante prestaba el servicio en turnos de 7:00 am a 1:00 p.m. de lunes, viernes, sábado y domingo de 7:00 am a 7:00 p.m.
10. Para el mes de febrero de 2012, la EPS de la accionante reconoció licencia de maternidad teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas como independiente.
11. Para el mes de abril de 2013, la accionante informó a la demandada sobre su estado de embarazo, quien para el 26 de abril de 2013 contaba con 6.1 semanas.
12. La accionante prestó los servicios de forma personal y de manera indelegable, utilizando todas las herramientas e insumos otorgados por la demandada.
13. El coordinador de facturación mediante Oficio del 14 de junio de 2013, le informó a la oficina jurídica de la accionada que la actora no iba continuar trabajando para esa entidad, por lo que solicitó la liquidación del contrato de prestación de servicios.
14. La demandada en cada pago efectuó descuentos por el impuesto a la retención a la fuente y el I.C.A.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 126, 209, 277 y 351 de la Constitución Política; Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978, Ley 4ª de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993, Ley 50 de 1990 y Decreto 1919 de 2002.

La apoderada de la demandante indicó que ella trabajó al servicio de la accionada con total subordinación y dependencia en donde para desempeñar su cargo le exigían cumplir un horario y recibía órdenes; el pago del salario era consignado en una

cuenta del Banco Davivienda la cual abrió por exigencia de la entidad. El cargo que desempeñó fue como auxiliar administrativo – facturación, cumpliendo funciones inherentes al funcionamiento y objeto social de la demandada de manera ininterrumpida y constante.

Por tal fin, al encontrarse reunidos los tres elementos constitutivos de un contrato de trabajo y en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado debe declararse que entre la accionante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria y en consecuencia se deben reconocer las prestaciones sociales dejadas de percibir y la diferencia en el pago a que haya lugar por la cotización al Sistema Integral de la Seguridad Social.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 141 a 143).

El apoderado de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, 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:

Indicó que el contrato de prestación de servicios fue terminado unilateralmente por la administración en virtud de las facultades otorgadas por la Ley, por lo que no es posible solicitar una indemnización por despido sin justa causa.

Afirmó el apoderado de la accionada que el hecho que se cumpliera con un horario y se acatará instrucciones no da cuenta de la existencia de una relación laboral sino que ello obedece al cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos de prestación de servicios de naturaleza civil.

Para el efecto citó jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente propuso las excepciones de pago e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, bajo el entendido que la accionada canceló todos los honorarios y acreencias pactadas en los contratos de servicios, sin que haya lugar a cancelar prestaciones sociales e indemnizaciones de ningún tipo.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 16 de febrero de 2018 (Fl. 212), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Ambos extremos procesales presentaron sus alegatos de conclusión (Fls.214 a 2019), en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda y su contestación respectivamente.

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. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Las denominadas "*Pago*", "*Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*", 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 demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta 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.

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

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 31 de agosto de 2017 (Fls. 160 a 167), se fijó el litigio en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la actora a que se reconozca la existencia de un vínculo laboral con la entidad accionada y se paguen los dineros dejados de percibir en virtud de dicho vínculo?

### **3. ACERVO PROBATORIO.**

#### **- PRUEBAS DOCUMENTALES**

3.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición por la actora ante la accionada el 26 de abril de 2016 en el cual solicitó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y en consecuencia el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones respectivas (Fls.3 a 5).

3.2. Oficio No. 200-420 del 18 de mayo de 2016 proferido por la demandada en el cual negó la anterior petición (Fl.6).

3.3. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 1426 del 31 de mayo 2013 (Fls. 7 a 8).

3.4. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 816 del 1º de marzo 2013 (Fls. 9 a 10).

3.5. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 25 del 2 de enero de 2013 (Fls. 11 a 12).

3.6. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. A-1534 del 3 de diciembre de 2012 (Fls. 13 a 14).

3.7. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 1139 del 1º de noviembre de 2012 (Fls. 15 a 16).

3.8. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. A-865 del 1º de octubre de 2012 (Fls. 17 a 18).

3.9. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. A-179 del 2 de mayo de 2012 (Fls. 19 a 21).

3.10. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-045-2012 del 2 de enero de 2012 (Fls. 22 a 23).

3.11. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-764-2011 del 1° de julio de 2011 (Fls. 24 a 25).

3.12. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-462-2011 del 1° de abril de 2011 (Fls. 26 a 27).

3.13. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-345-2011 del 3 de enero de 2011 (Fls. 28 a 29).

3.14. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 2-360-2010 del 22 de febrero de 2010 (Fls. 30 a 31).

3.15. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-022-2010 del 4 de enero de 2010 (Fls. 32 a 33).

3.16. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-455-2009 1° de julio de 2009 (Fls. 34 a 35).

3.17. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-229-2009 del 1° de abril de 2009 (Fls. 36 a 37).

3.18. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-024-2009 del 2 de enero de 2009 (Fls. 38 a 39).

3.19. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-392-2008 del 25 de junio de 2008 (Fls. 40 a 41).

3.20. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-206-2008 del 1° de abril de 2008 (Fls. 42 a 43).

3.21. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-021-2008 del 3 de enero de 2008 (Fls. 44 a 45).

3.22. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-257-2007 del 29 de junio de 2007 (Fls. 46 a 47).

3.23. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 3-227-2007 del 21 de junio de 2007 (Fls. 48 a 49).

3.24. Formato de la hoja de vida de la accionante (Fls.50 a 54).

3.25. Copia del registro civil de nacimiento de la hija de la accionante (Fls.55 a 56)

3.26. Epicrisis realizada por la IPS Cruz Blanca en la cual se advierte que el 2 de diciembre de 2013 se autorizó que a la accionante se realizará cesárea para dar luz a su bebe (Fls. 57 a 58).

3.27. Certificado de CAFESALUD EPS del 10 de febrero de 2014 en la cual se señala que la actora percibió licencia de maternidad desde el 2 de diciembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 (Fl. 61).

3.28. Prorrogas y adiciones al contrato No. A-179 de 2012 (Fls.62 a 64).

3.29. Prorrogas y adiciones al contrato No. 2-764-2011 (Fls. 65 a 70).

3.30. Prorroga y adición al contrato No. 2-360-2010 (Fls. 72 a 73).

3.31. Prorrogas y adiciones al contrato No. 3-455-2009 (Fls. 74 a 78).

3.32. Prorroga y adiciones al contrato No. 3-392-2008 (Fls.79 a 81).

3.33. Prorrogas y adición al contrato No. 3-257-2007 (Fls. 82 a 85).

3.34. Certificados laborales proferidos por la demandada (Fls. 86 y 89 a 97).

3.35. Acta de reintegro por no ejecución del contrato No. 1426 de 2013 mediante la cual se devuelve al presupuesto de la entidad la suma de dos millones trescientos ochenta y ocho mil pesos (\$2.388.000) (Fl.98)

3.36. Resultado de ecografía obstétrica Transvaginal del 26 de abril de 2013 en la cual se indica que para esa fecha la actora tenía 6.1 semanas de embarazo. (Fl. 87)

3.37. Antecedentes administrativos y manuales de funciones de los auxiliares administrativos de planta de la accionada contenidos en el CD obrante a folio 200.

3.38. Adición del contrato 2-345 de 2011 (Fl.71).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 18 de septiembre de 2017, por los señores María Eucaris Baquero Espinoza, Leonardo García Betancurt y María Cecilia Mojica Arguello (Fls. 181 a 195), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 198 del expediente.

### MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>1</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II ibidem, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).”*

*“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”*

<sup>1</sup> ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstos 5 clases de empleos públicos a saber: a) los empleados públicos de carrera administrativa: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral, c) los servidores vinculados por elección popular, d) los empleados de libre nombramiento y remoción y e) la categoría residual que depende de la denominación que le de la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, todas las necesidades que va creando la sociedad dentro de sus relaciones interpersonales deben ser provistas por las entidades administrativas a través de los diferentes empleos públicos creados por el Estado para cumplir en mayor medida los principios de la función pública.

Es por esto, que el artículo 125 y 209 de la Constitución Política establecen como pilar fundamental del Estado Colombiano la carrera administrativa ya que a través de esta se garantiza que la función pública sea prestada por personas calificadas que ingresan a las entidades a través del mérito en igualdad de condiciones y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia. En ese orden de ideas, el ideal es que por regla general los servicios prestados por el Estado, sean realizados por servidores públicos que ocupen empleos de carrera administrativa.

Ahora bien, pueden existir momentos en los cuales el personal de carrera administrativa resulte insuficiente para atender todas las necesidades que va creando la sociedad, por lo cual el Estado debe buscar mecanismos que le permitan atender en el menor tiempo posible cada una de esas contingencias.

Por ende, en caso de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se desfiguren, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado la Ley 100 de 1993, consagró en sus artículos 194 y 195 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

*ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*(...)*

*6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*

*(...)” (Negrilla fuera de texto).*

De la anterior normativa, se colige que los asuntos contractuales se enmarcan en el régimen privado consagrado en el Código Civil, que si bien, no establece específicamente el contrato de prestación de servicios, si dispone en su artículo 1973 el contrato de arrendamiento, en virtud del cual *“dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*.

A su vez, el contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

### **“3o. Contrato de prestación de servicios**

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.<sup>12</sup>*

<sup>12</sup> Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

De conformidad al precedente normativo, son dos las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, lo cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. No obstante lo anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, señalaron que se encuentra taxativamente prohibido que las entidades estatales recurran al contrato de prestaciones de servicios para ejercer funciones permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual dicho alto tribunal fue claro al determinar que las funciones permanentes designadas por la Ley y Reglamento las deben ejercer el personal de planta de la entidad que ingresaron a través del sistema de carrera administrativa, esto para evitar que se escondan verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice el contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993.

Por ello, el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), señala como falta gravísima celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

Ahora bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

*"ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>*

*1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

*a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e*

*imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

*c. Un salario como retribución del servicio.*

*2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."*

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

En tal sentido, en caso que se compruebe que en un contrato de prestación de servicios concurren esos tres elementos, el trabajador tendrá derecho a que se paguen las prestaciones sociales y demás derechos salariales que se dejaron de percibir.

Respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

*"(...)*

*El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

***a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.***

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

**b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.**

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*

**c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.**

*Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.*

*Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

**En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin**

*derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

*Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo." (Negrillas fuera del texto).*

En la parte resolutive dispuso:

*"Declarar EXEQUIBLES las expresiones 'no puedan realizarse con personal de planta o' y 'En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales' contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, 'salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada'".*

En virtud del contexto jurisprudencial que antecede, se resalta que el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios es la subordinación o dependencia, caso en el cual si se demuestra que el mismo concurre hay lugar al pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el contratista adquiera la calidad de empleado público dado que como se indicó sólo existen 5 formas en las cuales una persona se puede vincular con el Estado.

Lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que conlleva al amparo de los derechos mínimos de los trabajadores y a garantizar primordialmente el derecho a la igualdad.

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente

con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

*"(...)*

*De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.*

***En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.***

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión."*  
(Negrillas fuera de texto).

De conformidad al precedente jurisprudencial, al demostrar la existencia de los requisitos referidos se supera toda duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de los empleados de planta, evitándose de esta manera que se siga ocultando la naturaleza real de la actividad laboral bajo un contrato de prestación de servicios.

## 2. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora María Cecilia Mojica Arguello, a través de apoderada judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 200-420 del 18 de mayo de 2016, mediante el cual el Hospital de Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó la existencia de una relación laboral y en consecuencia se abstuvo de reconocer y pagar las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con la demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política<sup>3</sup>, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Se reitera entonces, que los elementos esenciales del contrato de trabajo son:

- a. La prestación personal del servicio por parte del trabajador;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, quien tiene la facultad de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio; y
- c. La remuneración como contraprestación del servicio.

Entonces se procede a estudiar en el presente asunto los referidos elementos de la siguiente manera:

### - De la prestación personal del servicio

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios al Hospital de Meissen II Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur,

<sup>3</sup> Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, desde el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013 conforme a los contratos referidos y a la certificación expedida por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E., obrante a folio 88 del expediente:

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
3-227 de 2007	Desde el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de junio de 2007.	
3-257-2007	Desde el 1° de julio de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2007.	Hasta el 31 de octubre de 2007. Hasta el 30 de noviembre de 2007. Hasta el 2 de enero de 2008.
3-021 de 2008	Desde el 3 de enero de 2008 hasta el 31 de marzo de 2008.	
3-206 de 2008	Desde el 1° de abril de 2008 hasta el 30 de junio de 2008.	
3-392-2008	Desde el 1° de julio de 2008 al 30 de septiembre de 2008	Hasta el 1° enero de 2009
3-024-2009	Desde el 2 de enero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2009	
3-229-2009	Desde el 1° de abril de 2009 hasta el 30 de junio de 2009	
3-455-2009	Desde el 1° de julio de 2009 hasta al 30 de septiembre de 2009	Hasta el 30 de noviembre de 2009 Hasta el 30 de diciembre de 2009 Hasta el 3 de enero de 2010
3-022-2010	Desde el 4 de enero de 2010 hasta al 31 de enero de 2010	
2-360-2010	Desde el 22 de febrero de 2010 hasta el 31 de marzo de 2010	Hasta el 30 de junio de 2010
2-345-2011	Desde el 4 de enero de 2011 hasta al 31 de marzo de 2011	
2-462-2011	Desde el 1° de abril de 2011 hasta al 30 de junio de 2011	
2-764-2011	Desde el 1° de julio de 2011 hasta al 31 de julio de 2011	Hasta el 31 de agosto de 2011 Hasta el 30 de septiembre de 2011 Hasta el 31 de octubre de 2011 Hasta el 30 de noviembre de 2011 Hasta el 15 de diciembre de 2011 Hasta el 3 de enero de 2012
2-045-2012	Desde el 4 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012	
A-179 del 2 de mayo de 2012	Desde el 2 de mayo de 2012 de Hasta el 1° de junio de 2012	Hasta el 30 de junio de 2012 Hasta el 31 de julio de 2012 Hasta el 30 de septiembre de 2012
A-865 de 2012	Desde el 1° de octubre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2012	

1139 de 2012	Desde el 1° de noviembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012	
A-1534 de 2012	Desde el 3 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012	
25 de 2012	Desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2013	
816 de 2013	Desde el 1° de marzo de 2013 hasta el 30 de abril de 2013	

De lo anteriormente relacionado se tiene que la actora desarrolló la labor de auxiliar administrativo en el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, desde el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013 en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la accionada.

**- Remuneración**

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente litigio visibles a folios 7 a 49 del plenario, se evidencia que el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE efectuó el pago mensual a la señora María Cecilia Mojica Arguello por los servicios prestados como auxiliar administrativo.

**- Subordinación o dependencia del trabajador**

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación "*como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...).*"

*Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...).*"

A su vez, la mencionada Corporación en sentencia C-665 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, manifestó que el elemento esencial, tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, teniendo en cuenta que *“No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”*.

Respecto a este requisito, igualmente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que es primordial la configuración de la subordinación, por ser el pilar que esclarece la existencia de la relación laboral que se mantenía oculta bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, la figura jurídica de la subordinación atañe a la facultad que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, atinentes al desempeño de las funciones del empleado.

Contario sensu a la subordinación o dependencia están las condiciones de autonomía e independencia para la ejecución del contrato que son facultades propias y consustanciales de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se procederá a realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si se encuentra configurada la subordinación o dependencia.

#### Cláusulas del contrato de prestación de servicios frente al concepto de subordinación

Una vez revisados los contratos suscritos por la actora con la entidad demandada, se colige de las cláusulas allí contenidas que los mismos no fueron ejecutados con total independencia y autonomía, siendo estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios, tal como pasa a citarse:

El objeto de los diversos contratos suscritos entre la entidad demandada y la hoy demandante, fueron los siguientes:

- *"El contratista se compromete para con el HOSPITAL a prestar sus servicios como Auxiliar Administrativo de Facturación con oportunidad y eficiencia."*
- *"El contratista se compromete con el HOSPITAL a prestar apoyo y soporte al Hospital Meissen II Nivel, como auxiliar administrativo, en el servicio de admisiones, registrando la información de los registros individuales de prestación de servicios de salud, de conformidad con los procesos y procedimientos establecidos por el Hospital y por la normatividad vigente (...)"*
- *"Prestar apoyo y soporte al Hospital Meissen II Nivel, como operador de radio, transmitiendo, recibiendo y registrándolos códigos y normas de transmisión de conformidad con los procesos y procedimientos establecidos por el centro regulador de urgencias y emergencias y Sistema de Referencia y Contrareferencia del Distrito Capital ,*

Como se observa en el periodo en el cual la accionante prestó sus servicios a la parte demandada, ocupó tres cargos administrativos a saber: facturación, servicio de admisiones y operador de radio en el sistema de referencia y contrareferencia.

Para cada uno de esos cargos se establecieron las siguientes actividades:

- Facturación - Admisiones:

*"1- Pasar diariamente por los servicios de hospitalización y llevar el formato manual de RIPS de los pacientes nuevos con los respectivos diagnósticos de ingreso. 2- Digitalizar los RIPS de hospitalización una vez el médico tratante de orden de salida. 3- Llevar base de datos de pacientes que superen promedios de estancias por patologías y sus diagnósticos relacionados. 4-Recoger los RIPS de interconsulta y digitalizar en el sistema paciente por paciente antes de la salida de estos en su base CIE10. 5-Separar y pasar a la base de datos los RIPS mal diligenciados con errores más frecuente, por médico. 6-Llevar base de datos de los pacientes que superen el promedio de estancias por patología, relacionando los diagnósticos de ingreso y los de egreso. 7-Seleccionar de los RIPS de Hospitalización, urgencias los posibles diagnósticos relacionados con I.H. 8- Codificar diagnósticos de morbilidad y mortalidad según la CIE 10 9- Desempeñar las demás funciones relacionadas con el cargo".*

- Operador de Radio

*"1-Operar el equipo de radio asignado, transmitir, recibir y registrar los mensajes aplicando los códigos y las normas de transmisión. 2-Registrar en los diferentes libros o formatos los pacientes remitidos rechazados, interconsultados, recibidos y apoyo a la oficina de referencia y contrareferencia. 3-Aplicación de los términos del contrato firmado entre el hospital MEISEEN II Nivel y Humana Vivir capitado. 4- Recepción mensual de la base de datos. 5- Validar los derechos al 100%de los pacientes identificados con carné de la ARS. Humana Vivir. 6- Identificación de usuarios captados y no captados. 7-Recepción de llamadas de las ARS. Y otras IPS. De la red y no red. 8-Ubicación en el hospital de pacientes captados con eventos pos-s referidos de otras IPS Y de la misma ARS. 9- Coordinar con la parte asistencia la disponibilidad de camas, salas de cirugía, UCI 1/2, UCI neonatal y demás infraestructura requerida para la atención de acuerdo a patologías pos-s de*

*pacientes captados y que deben ser ubicados en el Hospital. 10-Emitir consecutivo de autorización a otras IPS. Para los casos de imposibilidad de manejo de estos pacientes en el Hospital MEISSEN. 11-Coordinar todo examen o ayuda diagnóstica que requiera ser practicado con instituciones externas, lleve autorización previa aprobación de la subdirección de apoyo diagnóstico y/o jefe de facturación. 12-Coordinar el transporte de ambulancia para llevar o recoger pacientes incluidos en la capita. 13-elaborar autorizaciones personalizadas con los familiares de pacientes previamente reportados y que cuentan con el visto bueno para su atención en otras IPS.14-Recepción de cuentas médicas para recobros.15- informar y coordinar con el médico auditor la visita a otras IPS. Para revisión de cuentas médicas. 16- tener un censo diario de pacientes captados, con el fin de controlar y revisión de historias clínicas y cuentas por el médico auditor. 17-Realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control de la ejecución del contrato acorde con el objeto”.*

De otra parte, en los contratos se estipuló que el pago de los honorarios a la actora procede siempre y cuando se presente un informe mensual en donde se evidencien las actividades efectivamente ejecutadas y una certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato.

En virtud de las cláusulas señaladas en cada uno de los contratos en los cuales se consagra la supervisión de la ejecución de los deberes, se colige una total dependencia y subordinación laboral, ya que como se evidenció no sólo se estipuló como obligaciones seguir cada uno de los procedimientos establecidos por la entidad accionada si no que se le asignó un superior directo que se encontraba obligado a ejercer vigilancia, control y supervisión de las actividades encomendadas.

Adicionalmente, para el Despacho se encuentra plenamente demostrado que las labores que prestó la accionante son de la naturaleza y de la esencia del servicio que presta la entidad demandada, toda vez que resulta apenas lógico que para la correcta prestación de los servicios de salud, exista personal que dirija, coordine, controle y organice en general todo lo que gira entorno a la relación directa entre médico y usuario; tales como: (lista de proveedores, capacidad máxima de respuesta y de atención, prestación de los servicios de las IPS, cobros, facturación, base de datos, codificaciones etc).

El gran cúmulo de usuarios de los servicios de salud, exige de una organización institucional que permita que esa prestación resulte eficaz y acorde con cada una de las necesidades de las personas que acuden a buscar alivio a sus dolencias, en este caso a la Sub Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

No hay que olvidar que de conformidad con lo establecido en la Ley 1751 de 2015 y el artículo 49 de la Constitución Política, la salud es un derecho fundamental cuya prestación se encuentra establecida como un servicio público a cargo del Estado quien bajo los presupuestos de integralidad y continuidad debe garantizar una correcta prestación de los servicios de salud para todos los usuarios. Así, las entidades prestadoras de ese servicio-derecho deben contar con todas las herramientas administrativas, presupuestales, humanas y de infraestructura necesarias para ofrecer un servicio de calidad.

Por lo anterior, se reitera que es de la esencia misional de las entidades prestadoras de los servicios de salud contar con el talento humano que realice actividades administrativas que garanticen la prestación de servicios médicos- asistenciales de calidad.

De conformidad con lo expuesto, la entidad accionada cuenta con manual de funciones para el personal "auxiliar administrativo", manual obrante en el CD visible a folio 200 del expediente y del cual en una lectura comparativa se concluye que las labores asignadas a ese personal que son empleados que tienen una relación legal y reglamentaria con dicho sujeto procesal son las mismas funciones consagradas a la demandante por más de 6 años en los contratos de prestación de servicios antes indicados.

Por todo lo anterior, el Juzgado concluye que en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, entre la accionante y la demanda existió un verdadero vínculo laboral por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2007 al 30 de abril de 2013 que la hace acreedora a percibir a título de restablecimiento del derecho el pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social.

No obstante, no es dable concluir que por existir una relación laboral entre las partes la demandante adquiere la calidad de empleada pública tal como lo pretende la actora, teniendo en cuenta que deben concurrir los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión de conformidad a lo dispuesto en el

artículo 122 de la Constitución Política y tal como se explicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia.

Ahora bien, este Despacho practicó el 18 de septiembre de 2017, los testimonios a los señores María Eucaris Baquero Espinoza y Leonardo García Betancurt que obran en medio magnético a folio 198 del expediente, de los cuales se resalta lo siguiente:

Declaración rendida por la señora María Eucaris Baquero Espinoza.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *“¿Diga si sabe o le consta en que turno o horario la demandante prestaba sus servicios al hospital de Meiseen?”*. RESPUESTA: *“Siempre había turnos de 7 de la mañana a 1 de la tarde de 1 de la tarde a 7 de la noche y de la 7 de noche a las 7 de la mañana sean domingos o festivos eran los mismo turnos”*.

PREGUNTADO: *“¿Esos esos turnos que hace referencia quien los imponía?”*. RESPUESTA: *“La Coordinadora del área, la jefe de admisiones, referencia y contrareferencia”*.

PREGUNTADO: *“¿Para solicitar un permiso debían pedir autorización al jefe?”*. RESPUESTA: *“Si señora”*.

PREGUNTADO: *“¿Esos turnos que hace referencia quien los imponía?”*. RESPUESTA: *“La Coordinadora del área, la jefe de admisiones, referencia y contrareferencia”*.

PREGUNTADO: *“¿Usted sabe quién entregaba los utensilios o implementos de oficina para que la señora María Cecilia desempeñara las funciones que ejecutaba el Hospital?”*. RESPUESTA: *“Pues, el computador y todo lo que necesitábamos estaba ahí, los censos, todo estaba a disposición en el Hospital”*.

PREGUNTADO: "¿Usted sabe o le consta como se hacían los pagos de los honorarios pactados?". RESPUESTA: "Abríamos una cuenta de nómina en el centro comercial tunal y nos cancelaban los primeros 5 días o 10 días de cada mes".

PREGUNTADO: "¿Que entidad bancaria?". RESPUESTA: "Davivienda".

PREGUNTADO: "¿Era potestativo la elección de la entidad bancaria?". RESPUESTA: "No".

PREGUNTADO: "¿Usted sabe o le consta los motivos por los cuales María Cecilia no continuo trabajando en la entidad?". RESPUESTA: "Se le presentó un viaje al exterior, ella estaba en embarazo y pidió que si podían aplazarlo y después volver y a ella le dijeron que no y por eso ella se fue, no podía dejar de viajar".

PREGUNTADO: "¿Usted sabe si ella comunicó la situación de embarazo a la entidad?". RESPUESTA: "Ella radicó una carta diciendo que estaba en embarazo y que tenía que viajar".

Declaración rendida por el señor Leonardo García Betancurt.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: "¿Indique al Despacho si conoce de otros funcionarios de la entidad que desempeñaron las mismas funciones o similares a las desempeñadas por la demandante?". RESPUESTA: "Si, en radio había una persona que era invidente, en admisiones no lo tengo claro, pero si en los procesos habían personas de planta".

PREGUNTADO: "¿Usted sabe o lo consta si a la demandante se le presentaba una situación particular podía enviar a una persona que la reemplazara?". RESPUESTA: "No, las funciones eran personales".

PREGUNTADO: "¿En el evento que se necesitara algún permiso a quien debía perderse?". RESPUESTA: "Si, debía solicitar permiso ante la jefe de admisiones y de radio"

Declaración rendida por la señora María Cecilia Mojica Arguello.

- Preguntas del Despacho.

*PREGUNTADO: "¿Los pagos que se realizaban como se efectuaban?"*

*RESPUESTA: "En el momento de firmar los contratos desde el inicio el Hospital nos dio una carta para abrir una cuenta en el banco Davivienda en el tunal"*

*PREGUNTADO: "¿Usted manifiesta en los hechos de la demanda que realizaba turnos y quien los fijaba?".* *RESPUESTA: " Allá se manejaban 3 turnos de 7 de la mañana a la 1 de la tarde, de la 1 de la tarde hasta las 7 de la noche y de la 7 de la noche hasta las 7 de la mañana interdiario y los turnos los fijaba la coordinadora del área".*

*PREGUNTADO: "¿Los pagos que se realizaban como se efectuaban?"*

*RESPUESTA: "En el momento de firmar los contratos desde el inicio el Hospital nos dio una carta para abrir una cuenta en el banco Davivienda en el tunal"*

*PREGUNTADO: "¿Cuáles son los motivos de la terminación de los contratos que había suscrito?".* *RESPUESTA: "Yo solicite el aplazamiento del contrato, porque tenía que hacer un viaje estaba en contrato hasta el 30 de abril de 2013, yo notifique porque en ese momento me enteré que estaba en estado de embarazo"*

De las declaraciones que preceden se extrae que la actora cumplía con un horario de trabajo que se realizaba de acuerdo a los turnos que fijaba el coordinador y/o el jefe del área, que cumplía órdenes, que para adelantar sus servicios se les otorgaba los utensilios necesarios, el pago de los "honorarios" se efectuaba a una entidad bancaria señalada por la demandada y que para poder ausentarse de sus labores debía solicitar permisos atendiendo que la prestación del servicio era de forma personal.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE sobre las funciones de la actora, circunstancia que a todas luces

desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la señora María Cecilia Mojica Arguello, teniendo en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, puesto que concurren los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

En un caso de similares características el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Martín Alberto Gómez Rueda, demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, representado por La Fiduciaria Popular S. A. (FIDUPOPULAR S. A), expediente No. 68001-23-31-000-2010-00056-01(2543-14), adujo que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes al discurrir:

*(...)*

*De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.*

*(...)*

*Como se puede observar, estos testimonios son dignos de ser creíbles por cuanto son consistentes y armónicos en los hechos narrados entre sí, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se demuestran dos de los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio y la subordinación, y, sobre todo, que el demandante ejerció la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeto a órdenes del director y del subdirector de salud. El tercer factor (la remuneración) se encuentra establecido en los contratos de prestación de servicios ejecutados con el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (ff. 129-183).*

*Así las cosas, en atención a que en el presente caso se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral disfrazada bajo contratos u órdenes de prestación de servicios, hay lugar a dar aplicación a los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (artículos 13 y 53 de la Carta Política); y, en consecuencia, la Sala estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.*

*En este orden, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más*

*disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.  
(...)*

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre la señora María Cecilia Mojica Arguello y el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por sendos contratos de prestación de servicios, por lo cual este Despacho pasará a verificar si en el asunto de la referencia se configura la prescripción extintiva de los contratos suscritos por la demandante.

#### Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

La prescripción *"tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos"*; no obstante, en los asuntos que refieren a la declaración de la existencia del contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo que atañe al asunto al discurrir:

*(...)*

*Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización,** puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. **Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y***

\* Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

*salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. (...)*. (Negrillas fuera de texto).

Con lo anterior, la honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo dispuso que: (i) el interesado debe solicitar la existencia de la relación laboral y como consecuencia el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar dentro de los tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; (ii) en los contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y con un lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos y (iii) el fenómeno jurídico de la prescripción no es aplicable a los aportes para pensión, por tratarse de un derecho pensional imprescriptible que se causa día a día.

En ese sentido, el Despacho procede a verificar si en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

Para ello, el Juzgado resalta que en el asunto es necesario diferenciar dos periodos comprendidos entre: (i) el 21 de junio de 2007 al 30 de junio de 2010 y (ii) del 4 de enero de 2011 hasta 30 de abril de 2013.

La anterior diferenciación se realiza teniendo en cuenta que entre el 30 de junio de 2010 y el 4 de enero de 2011 transcurrieron más de 5 meses, sin que la accionante prestara sus servicios continuos e ininterrumpidos con la accionada, tal como se colige de los contratos de prestación de servicios y prorrogas suscritos por los extremos procesales visibles a folios 7 a 49, por lo que de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, a efectos de establecer la prescripción deberán estudiarse esos periodos de forma independiente.

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente que respecto al primer periodo (21 de junio de 2007 hasta el 30 de junio de 2010), la actora prestó sus servicios de forma constante y continua y que dicho sujeto procesal en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la accionada el 26 de abril de 2016 (fi.3) en el cual solicitó la existencia de una relación laboral y en consecuencia a el pago de las prestaciones sociales, es decir, que entre la terminación del último contrato de prestación de

servicios y la presentación de la reclamación administrativa, trascurrieron más de 3 años, configurándose así, la prescripción extintiva del derecho a percibir el pago de prestaciones sociales.

En ese orden de ideas, atendiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado, a pesar de la ocurrencia de la prescripción extintiva por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 30 de junio de 2010 y al estar probado que existió una relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad, la actora tiene derecho a que la demandada efectúe las cotizaciones al Sistema General de Pensiones atendiendo su carácter de imprescriptible y la connotación natural que tienen respecto a la expectativa de gozar una pensión de vejez.

Sobre el segundo periodo, se resalta que la accionante prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 4 de enero de 2011 hasta el 30 de abril de 2013, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 816 de 2013, de conformidad a los contratos obrantes en el expediente y a la certificación expedida por la demandada.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 30 de abril de 2016, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Entonces, revisadas las documentales obrantes en el expediente se logró demostrar que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 26 de abril de 2016 (fls.3 a 5), mediante el cual solicitó la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante en el asunto de la referencia para el periodo referido, en consideración a que no se superó el término de 3 años con que contaba para provocar el pronunciamiento de la entidad.

En ese sentido, al encontrarse comprobada la existencia de una relación laboral este Despacho ordenará el reconocimiento al pago de las prestaciones sociales que le corresponden por Ley a los auxiliares administrativos Código 407 – Grado 14, debidamente indexadas, precisándose que para determinar el monto de las sumas

a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos de tiempo correspondientes a cada uno de los contratos celebrados entre el 4 de enero de 2011 y el 30 de abril de 2013.

En relación con la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social Integral (salud, pensión), el Despacho siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, ordenará que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tome el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, por el periodo trabajado entre el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013 (descontando los días de interrupción).

De otro lado, el Despacho se abstendrá de ordenar la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente que le fueron practicados a la demandante, teniendo en cuenta que al ser un impuesto legal la entidad demandada debió ponerlos a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, lo que da a concluir que no ingresaron al patrimonio de la entidad y ordenar su devolución conllevaría a un detrimento patrimonial que la entidad demandada no está en la obligación de soportar.

Ahora bien, en lo atinente al pago de los intereses moratorios correspondientes a un día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, se hace indispensable indicar que no es procedente acceder a tal pretensión teniendo que cuenta que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se ordenará reconocer en la parte resolutive del presente fallo al encontrarse demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, situación que permite relevar a la entidad demandada del pago de dicha mora o indemnización alguna de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y la señalada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Además de las anteriores consideraciones, se precisa que no hay lugar a reconocer prima extralegal alguna, en consideración a que la facultad de crear las mismas en favor de los empleados que prestan sus servicios a las entidades públicas corresponde al Gobierno Nacional en una competencia compartida.

#### Respecto a la indemnización por despido a mujer en estado de embarazo

De conformidad a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Política la mujer en estado de embarazo goza de especial protección constitucional, toda vez que es beneficiaria de distintas garantías no sólo como protección a su salud sino de aquel que está por nacer y de la familia como núcleo básico de la sociedad.

En tratándose de materia laboral administrativa, la especial protección para la mujer embarazada y/o en lactancia se encuentra consagrada el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969, en los cuales se establecen los derechos que tienen las mujeres gestantes o en lactancia, la prohibición del retiro del servicio por esa condición, las indemnizaciones si ello llega a ocurrir y la presunción legal de que el retiro, en esos casos, es en ocasión al estado de gravidez.

Sobre el particular, el tenor literal de las normas citadas establecen:

*"ARTÍCULO 38. EFECTOS JURÍDICOS DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD. La licencia por maternidad no interrumpe el tiempo de servicios para computar las prestaciones que la Ley establece en atención a dicho factor, como vacaciones remuneradas, prima de navidad, cesantía y pensión de jubilación.*

*ARTÍCULO 39. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. 1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia. 2. Durante el embarazo y los (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empresa por justa causa comprobada y mediante autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo inspector del trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo. Si la empleada oficial estuviere por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.*

*ARTÍCULO 40. PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR EMBARAZO. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los periodos señalados en el Artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.*

*ARTÍCULO 41. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. 1. En el caso de despido sin el lleno de los requisitos exigidos en el inciso 2 del Artículo 39. De este Decreto, la empleado oficial tiene derecho a que la entidad, establecimiento o empresa donde prestaba sus servicios, le pague lo siguiente: a. Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se liquidarán con base en el último salario devengado por la empleada; y b. La suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, si el despido impide el goce de dicha licencia. 2. Lo dispuesto en los literales anteriores sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones que hubiera lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la empleada oficial al tiempo de su despido, y a lo que dispone el Artículo 8º. De la Ley 73 de 1966”*

Ahora bien, en tratándose de personas que inicialmente suscribieron contratos de prestación de servicios con el Estado y que después prueban que en realidad existió una relación laboral por cumplirse con los tres elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU – 070 de 2013, (mediante el cual unificó todo lo relacionado con la estabilidad laboral de las mujeres en gravidez y lactancia) que demostrada la existencia de un vínculo laboral la protección dependerá esencialmente del conocimiento o no de ese estado por parte del empleador y para ello se tendrá en cuenta el procedimiento establecido para los contratos a término fijo.

Para un mejor entendimiento se citan a partes de la sentencia en mención:

*“En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral (...) Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato real, la Sala ha dispuesto que **se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.**” (Negrilla fuera de texto)*

Teniendo en cuenta la remisión que realiza la Corte Constitucional es necesario observar los marcos de protección a la mujer en estado de embarazo o lactancia establecido para las mujeres cuyo vínculo contractual es a término fijo.

Para el efecto, la máxima corporación constitucional en la sentencia referida estableció:

*“Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, **se presentan dos situaciones: 1 Si la desvincula***

**antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:** En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. **Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:** En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. **Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:** **Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa:** En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. **Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.** **Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato:** En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. **Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa:** En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. **En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.**" (Negrillas fuera de texto)

En ese escenario, existen dos posibilidades respecto a la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada partiendo del conocimiento o no de ese estado. Así, si se conocía la gravidez, el empleador se encontraba obligado a solicitar el permiso al inspector del trabajo para retirar o terminar el contrato respectivo, en caso que no se conozca se pueden generar 3 posibilidades: (i) el retiro o despido se realiza sin alegar justa causa, aquí sólo habrá lugar al pago de las cotizaciones pero si se demuestra la justa causa habría lugar a ordenar el pago de la indemnización respectiva y sólo se efectuaría la renovación del contrato si subsisten las causas del mismo, (ii)

retirar o despedir alegando justa causa aquí el patrono sólo esta obligado a realizar las cotizaciones y (iii) terminación de contrato por vencimiento del plazo, evento en el cual el empleador deberá, igualmente, realizar las cotizaciones al Sistema de Salud.

En ese orden de ideas, descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que a pesar que tanto la accionante como la señora María Eucaris Baquero Espinoza en las declaraciones manifestaron que el sujeto activo presentó escrito en el cual informaba su estado de embarazo, revisado los documentos aportados con la demanda, la contestación y los antecedentes administrativos, no existe prueba que el mismo se haya radicado que le permita al Despacho tener cierto grado de certeza sobre el conocimiento del empleador; aunado al hecho que no se puede colegir que era un hecho notorio para el 30 de abril de 2013 (fecha de terminación del último contrato de prestación de servicios) ya que conforme se advierte del resultado de la ecografía obstétrica transvaginal del 26 de abril de 2013, para ese día la actora tenía 6.1 semanas de embarazo (fl. 87).

Ahora bien, en gracia de discusión si se aceptara que a pesar del estado de embarazo (esto si se toma algunas de las fechas respecto al primer parto de la accionante y sobre la cual se reconoció licencia de maternidad desde el 2 de diciembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 (Fl. 61), la entidad sólo se encontraría obligada a mantener las cotizaciones al sistema de salud, ya que la terminación del contrato No. 1426 del 31 de mayo de 2013 (fl.7) obedeció al ejercicio legítimo de una facultad discrecional de aplicar una de las cláusulas exorbitantes establecidas a su favor, tal como liquidar y terminar un contrato (fl.98).

En ese orden de ideas, cualquier tipo de orden o protección en virtud de esa estabilidad, careciera de toda razón ya que desde la ocurrencia de los hechos han transcurridos más de 5 años; resultaría inocuo ordenar la cotización al sistema de salud a la demandada cuando la finalidad de está es garantizar la licencia de maternidad y de lactancia que como se sabe le corresponde a la EPS, situación que no se configura dado al extenso periodo transcurrido.

Así las cosas, no hay lugar a pagar ningún tipo de indemnización, ya que la entidad no incurrió en un despido o retiro sin justa causa, ya que se reitera la terminación del contrato de prestación de servicios obedeció al ejercicio legal y autónomo de una facultad exorbitante, esto sumado a lo expuesto por demandante en su declaración donde afirmó que dejó de prestar sus servicios a la entidad en ocasión a que tenía que realizar un viaje al exterior, enervando cualquier posibilidad respecto a que el retiro o terminación del contrato obedeció a su condición de embarazo, sino que la misma se reitera se efectuó en ejercicio de una facultad legal y dado al viaje programado por dicho sujeto procesal.

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio No. 200-420 del 18 de mayo de 2016, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales;
- (ii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 30 de abril de 2013, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora;
- (iii) Respecto de las cotizaciones efectuadas por la actora a la aseguradora de riesgos laborales, se ordenará devolver las sumas canceladas por este concepto, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las partes, pues su pago atañe únicamente al empleador<sup>5</sup>, previo a

<sup>5</sup> Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 30 de abril de 2013.

- (iv) Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar administrativo bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE desde el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y
- (v) Se reconocerá y pagará a la señora María Cecilia Mojica Arguello, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.657.066 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar administrativo del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Código 407, Grado 14, por los periodos contratados comprendidos desde el 4 de enero de 2011 y el 30 de abril de 2013, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados en ese periodo.

Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, de la devolución de cotizaciones efectuadas a la administradora de riesgos laborales y de las prestaciones sociales, 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 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 periodo, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

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 del Oficio No. 200-420 del 18 de mayo de 2016 con sello del Hospital Meissen del 23 de mayo de 2016, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, mediante el cual se negó a la actora la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 30 de abril de 2013, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, tal como se indicó en la parte motiva.

**TERCERO.-** Devolver las sumas que canceló la actora a la aseguradora de riesgos laborales, en consideración a recaen en un aporte que no es compartido por las

partes, pues su pago atañe únicamente al empleador<sup>6</sup>, previo a que la actora acredite las cotizaciones sufragadas a la administradora de riesgos laborales en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 30 de abril de 2013.

**CUARTO.-** Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar administrativo bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE desde el 21 de junio de 2007 hasta el 30 de abril de 2013, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

**QUINTO.-** Se reconocerá y pagará a la señora María Cecilia Mojica Arguello, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.750.170 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar administrativo del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Código 407, Grado 14, por los periodos contratados comprendidos desde el 4 de enero de 2011 y el 30 de abril de 2013, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

**SEXTO.-** Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, de la devolución de cotizaciones efectuadas a la administradora de riesgos laborales y de las prestaciones sociales, 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 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.

---

<sup>6</sup> Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

**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.

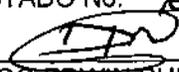
**NOVENO.-** Sin lugar a condena en costas.

**DÉCIMO.-** 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>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 27 de junio de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>46</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---