



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

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2017-00483-00  
**Demandante:** JORGE OCHOA RODRÍGUEZ  
**Demandado:** NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO -FONPREMAG  
**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 el señor Jorge Ochoa Rodríguez en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FONPREMAG.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Jorge Ochoa Rodríguez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3238 del 22 de junio de 2012, mediante la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al actor.

Como consecuencia de la anterior declaración 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 -FONPREMAG:

El reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y factores salariales

devengados por el actor en los últimos 12 meses anteriores a la adquisición del estatus pensional.

Descontar los valores reconocidos y cancelados en virtud de la Resolución No. 3238 del 22 de junio de 2012, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación.

Aplicar los reajustes de ley para cada año en virtud de lo dispuesto por la Constitución Política de Colombia y por la Ley.

Cancelar las respectivas mesadas atrasadas desde que se consolidó el derecho hasta la inclusión en nómina y que dicho incremento se aplique a las mesadas futuras.

Reconocer y pagar los reajustes a que haya lugar con ocasión a la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas de las pensiones decretadas, por tratarse de tracto sucesivo, tomando como base el porcentaje del IPC certificado por el DANE.

Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se cumpla con la condena impuesta.

Condenar a la demandada al pago de costas, con ocasión a la omisión por el acatamiento del precedente jurisprudencial.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 64):

El demandante laboró como docente y cumplió con los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

La entidad incluyó como base de liquidación de la pensión únicamente la asignación básica, omitiendo el reconocimiento de la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por el actor en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los 15 de la Ley 91 de 1989; 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

En síntesis adujo que el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, teniendo en cuenta que laboró siempre al servicio del estado.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La entidad guardó silencio.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Mediante providencia del 19 de julio de 2018 (Fls. 110), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la apoderada de la parte actora allegó escrito de alegatos el 24 de julio de 2018 (Fls. 112-118), mediante el cual reiteró las pretensiones de la demanda, en el sentido de que se ordene a la entidad demandada a liquidar la pensión de jubilación del actor con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Por su parte, la entidad demandada 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 7 de junio del año en curso (Fls. 95 a 97), 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 jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los

factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio de conformidad con lo previsto en la Ley 71 de 1988?

## **2. ACERVO PROBATORIO.**

2.1. Resolución No. 3238 del 22 de junio de 2012, mediante la cual la entidad demandada reliquidó una pensión de jubilación por aportes a favor del actor (Fls. 4-6).

2.2. Copia simple de solicitud de certificado de salarios del demandante radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 16 de mayo de 2018 (Fl. 93).

2.3. Formato único para la expedición de certificado de salarios y de historia laboral, en la que se relacionan los factores salariales devengados por el señor Ochoa en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2010 hasta el 14 de abril de 2011 (Fls. 103 y 104).

## **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen que regula el régimen pensional de los docentes, la pensión por aportes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar esa prestación.

### **- 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 y en la Ley 71 de 1988.

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 (...)<sup>1</sup>.*

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.

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:

<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.

*“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 o el régimen de pensión por aportes consagrado en la Ley 71 de 1988, según el caso.

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

Se precisa que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y 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 el actor acreditó más de 20 años de aportes sufragados tanto del sector público como del sector privado, por lo tanto, se pasa a realizar un análisis de la misma.

#### -LEY 71 DE 1988

El régimen que consagra la pensión por aportes, es la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7º dispuso que *“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.”*

Disposición reglamentada 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 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 9º de la Ley 71 de 1988, discurrió que ***"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 8º 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° ibidem, 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 6° 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%.

Por lo tanto, resultan aplicables a los docentes las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 71 de 1988, toda vez 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 ibídem, 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

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 el 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.

### 3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Jorge Ochoa Rodríguez, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 3238 de 22 de junio de 2012, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó a la parte actora una pensión de jubilación por aportes.

<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

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el demandante fue vinculado como docente de vinculación nacional a partir del 27 de enero de 1998 (Fl. 104) y que la entidad demandada reconoció pensión de jubilación por aportes a partir del 4 de marzo de 2006 (Fl. 4), esto es, de conformidad al régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988, el cual se encontraba vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

Ahora, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 3238 de 22 de junio de 2012, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó al señor Jorge Ochoa Rodríguez pensión de jubilación por partes, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fls. 4-6).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad a 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 el último año de servicios.

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No. 3238 de 22 de junio de 2012, el señor Jorge Ochoa Rodríguez fue retirado del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso a partir del 15 de abril de 2011, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 13 de abril de 2010 y el 14 de abril de 2011.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" (Fl. 103), según el cual, el actor percibió: sueldo, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 3238 de 22 de junio de 2012 (Fls. 4-6), la entidad demandada al reliquidar la pensión de jubilación por aportes tuvo en cuenta únicamente la asignación básica mensual, quedando pendientes de reconocer los factores denominados: prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 3238 del 22 de junio de 2012, a través de la cual la Secretaria de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó una pensión de jubilación por aportes al actor.

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 del señor Jorge Ochoa Rodríguez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, comprendido entre el 13 de abril de 2010 y el 14 de abril de 2011, a saber: **la doceava parte de la prima especial, la doceava parte de la prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de navidad**, además de la asignación básica, 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 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la pensión de jubilación por aportes a partir del 4 de marzo de 2006 (Fl. 4); que la entidad reliquidó la prestación el 22 de junio de 2012 (Fls. 4-6) y que presentó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el 23 de noviembre de 2017 (Fl. 76), superándose el término de prescripción de 3 años, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 23 de noviembre de 2014.

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 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>4</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.***<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),*

<sup>4</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."

*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>5</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 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.<sup>(...)</sup>*

<sup>5</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.

*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,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3238 de 22 de junio de 2012, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y

representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**SEGUNDO:** Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 23 de noviembre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación por aportes del señor Jorge Ochoa Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.154.871, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es, periodo comprendido entre el 13 de abril de 2010 y el 14 de abril de 2011, a saber: además de la asignación básica, **la doceava parte de la prima especial, la doceava parte de la prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de navidad, a partir del 23 de noviembre de 2014**, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

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

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

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

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA  
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 12 de septiembre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>657</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



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

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2017-00206-00  
**Demandante:** PABLO JOSÉ QUICENO MONSALVE  
**Demandado:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de  
primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Pablo José Quiceno Monsalve 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 señor Pablo José Quiceno Monsalve, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

La nulidad parcial de la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez;

La nulidad de la Resolución No. GNR 273007 del 6 de septiembre de 2015, que resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior Resolución;

La nulidad de la Resolución No. VPB 73620 del 9 de diciembre de 2015, a través de la cual se resolvió un recurso de apelación;

La nulidad de la Resolución GNR 99950 del 8 de abril de 2016, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez del actor, y

La nulidad de la Resolución No. VPB 24802 del 10 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución anterior (Fl. 51 y 68).

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

Reconocer y pagar la pensión de jubilación del actor con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, a saber. Asignación básica mensual, sobresueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio familiar (7%), bonificación por servicios, prima de servicios prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad, sueldo por vacaciones, prima de riesgo, auxilio de cesantías y demás prestaciones, en los términos de la Ley 32 de 1986.

Incluir en la pensión de jubilación los valores correspondientes al reconocimiento y pago de la mesada catorce.

Pagar el retroactivo de la mesada pensional por concepto del incremento por persona a cargo que carece de ingresos.

Devolver el 12% correspondiente a los aportes en salud, en consideración a que el descuento es solo por el 5%.

Cancelar el retroactivo de la diferencia de las mesadas pensionales que resulten de las canceladas con anterioridad y del valor de las mesadas que surjan de la reliquidación en los términos de la sentencia judicial.

Efectuar el pago de los intereses moratorios que resulten del pago de las diferencias existentes entre los actos expedidos con anterioridad y de los que se dicten producto de la sentencia que ponga fin al asunto.

Actualizar los valores que resulten de las anteriores pretensiones en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, aplicando la fórmula  $V_a = V_h \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$ , separadamente mes por mes por cada diferencia de la mesada pensional.

Cumplir la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

Condenar en costas a la entidad demandada por las conductas dilatorias, si a ello hubiere lugar.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 69):

El actor laboró al servicio de la Planta Global del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC en el cargo de Dragoneante grado 11 código 4114 del Cuerpo de Custodia y Vigilancia desde el 12 de enero de 1994 y hasta el 30 de octubre de 2014, acumulando mas de 20 años de prestación de servicios.

El demandante nació el 11 de septiembre de 1972 y a la fecha de presentación de la demanda tenía 45 años de edad.

Mediante la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015, la Administradora le reconoció pensión vitalicia de vejez al actor, en cuantía de \$1.173.714 efectiva a partir del 1º de noviembre de 2014.

La entidad demandada expidió la Resolución No. GNR 273007 del 6 de septiembre de 2015, mediante el cual resolvió un recurso de reposición en el sentido de confirmar en todas sus partes la anterior decisión.

A través de la Resolución No. VPB 73620 del 9 de diciembre de 2015, COLPENSIONES resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015, confirmándola en todas sus partes.

Mediante la Resolución No. GNR 99950 del 8 de abril de 2016, la Administradora negó la reliquidación pensional del demandante.

La anterior decisión fue confirmada por la entidad demandada a través de la Resolución No. VPB 24802 del 10 de junio de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación.

El señor Pablo José Quiceno Monsalve tiene personas a cargo que carecen de medio de subsistencia.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas citó el artículo 48 de la Constitución Política, la Ley 32 de 1986, el Acto Legislativo 01 de 2005, el Código Laboral Colombiano, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional.

Señaló que el propósito del constituyente fue la de crear un régimen especial para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC contenido en la Ley 32 de 1986, que no se aplica en virtud de la transición de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, el actor tiene derecho a que le reconozca una pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios en atención a la disposición del Consejo de Estado, en el sentido de considerar como salario todo lo devengado por el trabajador de manera habitual y periódica, independientemente de la denominación que se le dé.

De otro lado, preciso que al actor al pertenecer al régimen pensional de la Ley 100 de 1993 y que habiendo efectuado sus aportes al ISS ahora COLPENSIONES, desde el mes de agosto de 2009 hasta el retiro definitivo de su servicio, tiene derecho a que se le aplique el contenido del Decreto 758 de 1990, en lo que refiere al incremento por persona a cargo que carece de recursos.

Además, adujo que el acto legislativo 01 de 2005, estableció el reconocimiento de la mesada 14, la cual se aplica al actor por ser beneficiario del régimen especial contenido en el Ley 32 de 1986, por ser miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Finalmente, afirmó que el actor por ser beneficiario del régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986, se le debe descontar para los servicios de salud el 5% de conformidad a la Ley 4 de 1966 y no un 12 % establecido en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 101-115).

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

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

Manifestó que el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante se tasa de conformidad a la Ley 100 de 1993, de conformidad a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esto es, que el IBL se tasa con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de prestación de servicios o a quienes les faltare más de 10 años, con el promedio que le hiciera falta.

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 normas legales establecidas para el asunto en concreto; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) *"GENÉRICA O INOMINADA"*; con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no existe norma alguna que obligue a COLPENSIONES a reconocer o pagar prestación en favor del demandante.

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

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

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

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** En audiencia inicial adelantada el 25 de julio del año en curso (Fls. 133 a 135), las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte demandante, manifestó que lap arte que representa tiene derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación en los términos de la Ley 32 de 1986.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada resaltó que la entidad que representa reconoció pensión a la parte actora en los términos de la Ley 32 de 1986 y que el IBL se determinó de conformidad a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, en condieración a que se encuentra excluido del régimen de transición en virtud de la interpretación de la Corte Constitucional.

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 25 de julio de 2018 (Fls. 133 a 135), 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 sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios como exfuncionario del Instituto

Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, de conformidad con lo previsto en la Ley 32 de 1986?

- ¿Tiene o no derecho o no el actor al pago de la mesada 14 en su calidad de pensionado de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES?
- ¿Tiene o no derecho el actor a que su mesada pensional se incremente con el porcentaje establecido bajo la demostración de persona a cargo que carece de recursos?
- Tiene derecho el actor a realizar aportes para salud en un 5% y no en un 12%, como lo ha descontado la entidad demandada? ¿Procede la devolución de las diferencias?

## **2. ACERVO PROBATORIO.**

2.1. Copia simple de la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015, mediante la cual COLPENSIONES ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez a favor del actor (Fls. 21-26).

2.2. Copia simple de la Resolución No. VPB 73620 del 9 de diciembre de 2015, por la cual la Administradora resolvió un recurso de apelación en contra de la anterior decisión (Fls. 27-31).

2.3. Copia simple de la Resolución No. GNR 99950 del 8 de abril de 2016, que negó la reliquidación de la pensión de la parte actora (Fl. 32-37).

2.4. Copia simple de la Resolución No. VPB 24802 del 10 de junio de 2016, mediante la cual la entidad demandada resolvió un recurso de apelación en contra de la anterior Resolución (Fls. 38-49).

2.5. Copia simple del certificado de información laboral y de salarios mes a mes expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, en el que se indica el tiempo laborado por el actor en esa entidad y los factores salariales devengados en los años 1994 a 2015 (Fls. 2-13).

2.6. Copia simple del certificado expedido por el Coordinador del Grupo de Tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, que da cuenta de valores cancelados al actor desde el año 1994 hasta el 2014 (Fls. 14-20).

2.7. Constancia de Conciliación Extrajudicial del 19 de octubre de 2016, proferida por la Procuraduría 125 Judicial II para asuntos administrativos (Fl. 50).

2.8. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la parte demandante (Fl. 100).

2.9. Copia simple del resumen de semanas cotizadas en pensiones por el actor ante la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES (Fls. 120-125).

### **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia en primer lugar a la normatividad aplicable al cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario -INPEC, así como establecer los factores salariales a tener en cuenta para liquidar sus pensiones; en segundo lugar, referir la norma que consagra la mesada catorce; en tercer lugar, analizar el incremento de la pensión con la inclusión del porcentaje por persona a cargo que carece de recursos y en cuarto lugar, analizar lo correspondiente a los descuentos en salud.

#### **- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO –INPEC.**

Al respecto, la Ley 32 del 3 de febrero de 1986 *"por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia"*, en su artículo 1º dispuso que *"La presente Ley regula todo lo relativo al ingreso, formación, capacitación, ascensos, traslados, retiros, administración y régimen prestacional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional."*

A su vez, en los artículos 10 a 15, se consagró:

*"Artículo 10. Composición. El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, estará compuesto por oficiales, suboficiales y guardianes, quienes*

*dependen directamente del Comando de Vigilancia de la Dirección General de Prisiones."*

*"Artículo 11. Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en esta Ley, las categorías de Oficiales, Sub-oficiales y guardianes, comprenden los siguientes grados y clases: a) Oficiales. 1. Comandante Superior. 2. Mayor. 3. Capitán. 4. Teniente. b) Sub-oficiales. 1. Sargento. 2. Cabo. c) Guardianes. 1. De primera clase. 2. De segunda clase."*

*"Artículo 12. Oficiales. Son oficiales, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, formados y capacitados para comandar la vigilancia carcelaria, dirigir y coordinar los servicios de orden y seguridad en los establecimientos carcelarios."*

*"Artículo 13. Sub-oficiales. Son Sub-oficiales, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, preparados y capacitados para colaborar en las tareas asignadas a los Oficiales, en los servicios de orden, seguridad y administración."*

*"Artículo 14. Guardianes de primera clase. Son guardianes de primera clase, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que además de haber aprobado el curso respectivo, acrediten título de idoneidad en arte, oficio o en estudios superiores. Los guardianes de primera clase podrán ejercer las funciones de instructores y vigilantes."*

*"Artículo 15. Guardianes de segunda clase. Son guardianes de segunda clase, los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que no reuniendo los requisitos de que trata el artículo anterior, ejerzan solamente funciones de vigilancia."*

En lo referente a la pensión de jubilación, el artículo 96 de la citada Ley señaló que *"Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad."*

Posteriormente, se expidió la Ley 100 de 1993, que en su artículo 140 consagró que el Gobierno Nacional en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992, debía expedir un régimen para los empleados públicos que laboran en actividades de alto riesgo, dentro de las cuales se encuentran las desempeñadas por el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria.

Por lo tanto, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 407 del 20 de febrero de 1994 *"Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario."*, que en su artículo 168 contempló que los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional que se encuentren vinculados a la fecha de vigencia de este Decreto tendrán derecho a gozar del régimen pensional contemplado por la Ley 32 de 1986.

No obstante, la anterior disposición fue derogada por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, el cual en su artículo 2º, señaló que se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las desempeñadas entre otras en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, por parte del *“personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.”*

De otro lado, en lo atinente a la pensión de vejez, consagró:

**“Artículo 3º. Pensiones especiales de vejez.** Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.”

**“Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez.** La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
  2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.
- La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.”

Por su parte, el artículo 6º del citado Decreto, consagra un régimen de transición para los empleados que desarrollan actividades de alto riesgo, según el cual:

**“Artículo 6º. Régimen de transición.** Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo

**Parágrafo.** Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

Del precedente normativo, se colige que la actividad desempeñada por los empleados

dedicados a la custodia y vigilancia de internos en centros carcelarios del INPEC, tiene el carácter de alto riesgo, por ende, los cobija el régimen pensional establecido en el Decreto 2090 de 2003, según el cual, quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas<sup>1</sup>, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, la Ley 32 de 1986.

La anterior disposición, fue plasmada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política entre otros, respecto al régimen especial del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, al señalar:

*"(...) Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.  
(...)"*

Se estableció entonces por disposición Constitucional, que los miembros de custodia y vigilancia del INPEC, que hayan ingresado con anterioridad al 26 de julio de 2003 (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003) se les aplicará para el régimen pensional las disposiciones contenidas en la Ley 32 de 1986.

Por las consideraciones expuestas en precedencia, a las pensiones del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC beneficiarios de la Ley 32 de 1986, se les debe aplicar una tasa de remplazo del 75% sobre el promedio de los devengado por el servidor en el último año de prestación de servicios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966<sup>2</sup>.

#### - DE LOS FACTORES SALARIALES

En lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, se

<sup>1</sup> Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. "(...)2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo".

<sup>2</sup> "A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

precisa que la Ley 32 de 1986, en su artículo 114 estipuló la aplicación de las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, en los casos no previstos por esta norma o en sus decretos reglamentarios.

Así las cosas, la norma en cita refiere a que la liquidación pensional debe efectuarse con la inclusión de los factores contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, según el cual:

**“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:**

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexistencia de la Ley 100 de 1993, **Modificado posteriormente.**

Ahora, 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 frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, indicando que se deberán tener en cuenta todos los factores salariales devengados de manera habitual y periódica por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, de la siguiente manera:

*“(…) 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 y subrayado 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>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 LA MESADA 14

La mesada adicional del mes de junio se encuentra establecida en el régimen general de pensiones en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

*"MESADA ADICIONAL PARA [ACTUALES]<sup>5</sup> PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobreviviente, 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, [cuas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988]<sup>6</sup> 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.*

*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".*

Posteriormente, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

*"Artículo 1.-  
(...)*

<sup>3</sup> Ibidem.

<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

<sup>5</sup> Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994.

<sup>6</sup> Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994.

*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento." (Nota: corresponde al inciso octavo)  
(...)"*

Por su parte, en el Parágrafo transitorio 6º se señaló:

*"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año."*

Conforme a dichas preceptivas, es de tener en cuenta como primer aspecto que el inciso octavo del citado acto legislativo no hizo salvedad alguna en cuanto a su aplicación para los empleados y trabajadores sujetos ya sea al régimen pensional general o a alguno especial, y que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional causarían su derecho pensional.

La única excepción se halla en el parágrafo transitorio 6º para aquellas personas que por ser el monto de su pensión igual o inferior a tres salarios mínimos, continuarán recibiendo la mesada catorce, siempre y cuando su derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

En este orden de ideas, bajo el Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos:

- 1) Los pensionados que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.
- 2) Se exceptúan de lo anterior, los pensionados que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6 del artículo 1º del Acto legislativo.

#### **- INCREMENTO POR PERSONA A CARGO**

El Decreto 758 de 1990, "Por el cual se aprueba el Acuerdo No. 049 de febrero 1º de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios", reguló los

incrementos por persona a cargo y la naturaleza de los mismos, en los artículos 21 y 22 de la siguiente manera:

**"ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ.** Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) *En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,*

b) *En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.*

*Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal."*

**"ARTÍCULO 22. NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES.** Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control."

De la norma que antecede, se colige que las pensiones de vejez e invalidez reconocidas en los términos del Acuerdo 049 de 1990, se aumentan o incrementan en un 7% por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años y en un 14% por el cónyuge, compañero o compañera que dependan económicamente del beneficiario; incrementos que no forman parte integrante de dichas prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a percibir los porcentajes depende de que las causas que dieron origen al aumento perduren.

Respecto al incremento del 14% por persona a cargo que carece de recursos, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 310 del 10 de mayo de 2017, mediante la cual discurrió:

*"La Sala Plena decide que: la interpretación que resulta más acorde a la Constitución Política por ser favorable a los intereses de los trabajadores pensionados en el caso concreto, es aquella según la cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no prescriben con el paso del tiempo, esto es, la primera que dio la jurisprudencia al problema analizado. Esta es la respuesta más acorde con el orden constitucional vigente por cuatro razones básicas. (i) Encuadra en el marco de la disposición normativa contenida en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, al reconocer que al subsistir el derecho al incremento perduran las causas que le dieron origen, y corresponde con*

la interpretación autorizada por las normas constitucionales, ya que es respetuosa del principio de *in dubio pro operario*. (ii) Fue la primera respuesta que se dio al problema jurídico y es la que más se ha reiterado por parte de más magistradas y magistrados (sentencias T-217 de 2013, T-831 de 2014, T-319 de 2015, T-369 del 2015 y T-395 de 2016). (iii) Es la postura que más ha justificado por qué, constitucionalmente es preferible asumir la primera y no la segunda opción; las sentencias que han dado la segunda respuesta al problema jurídico (la más restrictiva de los derechos constitucionales involucrados), se preocuparon más en argumentar y demostrar que no existía un precedente claro y fijo a seguir en la jurisprudencia, y que por tanto podían decidir distinto, a como ya se había hecho inicialmente, que a argumentar y demostrar que la segunda respuesta era más acorde con los principios constitucionales aplicables, en especial el derecho al mínimo vital y a la dignidad humana. (iv) Finalmente, la primera de las respuestas, al basarse en los principios de imprescriptibilidad de los derechos pensionales y favorabilidad en materia laboral, es, precisamente, la respuesta que mejor y con mayor suficiencia se encuentra motivada a la luz de los principios del orden constitucional vigente. Como la propia Constitución lo dice, el derecho a la irrenunciabilidad social es de todos los habitantes. Ni siquiera es un presupuesto o una contraprestación de la ciudadanía. Es una condición básica que, como parte de la dignidad humana, se reconoce a toda persona que está en Colombia (art. 48, CP). Además, la Sala considera que se suma una quinta razón adicional (v) pues es deber de las autoridades judiciales y administrativas cumplir con el deber de protección a sujetos de especial protección y en condiciones de debilidad física o económica (art. 13, CP) así como con el deber de solidaridad (Artículos 1°, 48 y 95.2 de la Constitución Política) frente a los familiares de los accionantes que podrían verse beneficiados por el reconocimiento de los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. En su mayoría, además de las condiciones económicas precarias, son personas de especial protección constitucional en razón a su edad o situación de discapacidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que los incrementos pensionales en mención están encaminados a garantizar una vida digna y el mínimo vital de los integrantes de un núcleo familiar.”

De otro lado, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de noviembre de 2017, expediente interno No. 2741-08, demandante: Instituto de Seguros Sociales, Demandado: Nación –Ministerio de la Protección Social, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández, señaló:

*“En conclusión, de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36.*

**Lo anterior implica que quien es beneficiario de la pensión de invalidez o de la pensión de vejez conforme al régimen anterior consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos siempre y cuando reúna los requisitos para el efecto, que son los contemplados en su artículo 21, y sin que sea posible aplicar el término de prescripción trienal a las peticiones que se presenten en torno a este reconocimiento, aunque si se debe aplicar dicha prescripción a las mesadas correspondientes, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia SU 310 de 2017.**

*En otras palabras, a quienes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al incremento de las mismas, siempre que sus familiares, es decir sus hijos o su cónyuge o compañero o compañera permanente, se encuentren en las precisas condiciones que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 determina, esto es, que se trate de hijos menores de 16 años, o de hijos de 18 años que se encuentren estudiando, o hijos de cualquier edad en condición de invalidez y que dependan económicamente del beneficiado de la pensión, o cónyuge o compañero o compañera permanente que dependa económicamente del jubilado y que además no disfrute de ninguna pensión.” (Negritas fuera del texto).*

En ese sentido, se precisa que las pensiones reconocidas bajo el régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tendrán derecho a que se les realice el incremento de que tratan los artículos 21 y 22 del Decreto 748 de 1990, en caso de que se encuentren demostradas las circunstancias por las cuales procede su reconocimiento.

**- DESCUENTOS EN SALUD 5%**

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*”, estableció el aporte obligatorio a la Caja Nacional de Previsión Social por parte de los afiliados, en los siguientes términos:

**“Artículo 2.** *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.”*

Por su parte, el Artículo 7º de 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*”, estableció:

*“Los pensionados del sector público, oficial semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.”*

*(Negrillas fuera de texto).*

De conformidad con la norma antes descrita, es claro que todos los pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social, se encontraban en la obligación de cumplir con las obligaciones que sobre aportes les estableciera la ley, es decir, se reiteraba la obligación señalada en el párrafo del Artículo 2° de la Ley 4ª de 1966.

Posteriormente, se expidió la Ley 100 del 23 de diciembre 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, mediante la cual se unificó el monto del aporte para financiar los servicios de salud y para evitar un detrimento en las pensiones reconocidas antes de la vigencia de la ley, dispuso un incremento en su monto, con el objeto de cubrir la variación realizada a la cotización, en tanto el régimen contributivo en salud se encuentra a cargo del pensionado.

Al respecto, el artículo 143 establece:

***"Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° 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 periodo de vinculación laboral.*

*El Consejo Nacional de Seguridad 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."*

Así las cosas, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener su poder adquisitivo, como se desprende de la lectura del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se estableció un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuado al pensionado (5%), para el caso de los trabajadores del sector público.

Ahora bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló los regímenes exceptuados del sistema de seguridad integral, así:

***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 exceptúa a los afiliados al 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 en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.  
(...)"

Frente a la cotización al sistema general de seguridad social en salud, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002 prevé lo siguiente:

**"Artículo 14. Régimen de excepción.** Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos.  
(...)"

Sobre la cotización al sistema de seguridad social integral, por concepto de salud, el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993 y previó el monto de la cotización mensual de cada pensionado, en los siguientes términos:

**"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.*

**Parágrafo. 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.*

**Parágrafo. 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."*

## **CASO CONCRETO.**

En el asunto de la referencia el señor Pablo José Quinceno Monsalve, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. GNR 173311 del 12 de junio de 2015; GNR 273007 del 6 de septiembre de 2015; VPB 73620 del 9 diciembre de 2015; GNR 99950 del 8 de abril de 2016 y VPB 24802 del 10 de junio de 2016, mediante las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, reconoció una pensión de vejez al actor, resolvió un recurso de reposición y apelación, negó la reliquidación pensional y resolvió un recurso de apelación, respectivamente (Fl. 77).

Ahora bien, con el fin de dar solución a los problemas jurídicos planteados, es necesario estudiarlos y analizarlos de manera separada, por lo tanto, esta instancia judicial procederá a resolverlos en el siguiente orden: (i) reliquidación pensional; (ii) mesada 14; (iii) incremento pensional por persona a cargo y (iv) descuentos en salud.

### **- RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.**

Para establecer si el demandante tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar que el actor prestó sus servicios en el cargo de Dragoneante código 4114 grado 11 asignado al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sevilla (Fl. 144), desde enero de 1994, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del

Decreto 2090 de 2003, tal como se evidencia en la certificación de información laboral expedida por la Subdirectora Operativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, obrante a folio 2 del expediente, circunstancia que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para este tipo de funcionarios.

Conforme a lo expuesto, se anota que el régimen aplicable al actor es el establecido en la Ley 32 de 1986, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece el derecho a una pensión de jubilación de acuerdo con la normas legales sobre la materia, que al respecto es lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1996, según la cual, *“A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”*

En virtud de lo antepuesto, la liquidación pensional en el asunto de la referencia debe ser liquidada con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, que en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, son todas aquellas sumas que habitual y periódicamente percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios.

Sin embargo, el Despacho advierte que la entidad demandada al reconocer la pensión de vejez del actor aplicó la Ley 32 de 1986, en lo que refiere a edad y tiempo de servicios, dejando de lado el ingreso base de liquidación, pues este lo aplicó en los términos dispuestos en la Ley 100 de 1993, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, con la inclusión de los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, hecho que da a concluir que el régimen del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC no fue aplicado en su integridad, de conformidad a lo dispuesto por mandato constitucional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005 (Fls. 22).

Así las cosas, de conformidad a la certificación expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (Fl. 144), al señor Pablo José Quinceno Monsalve se le aceptó renuncia a partir del 31 de octubre del 2014, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2013 y el 30 de octubre de 2014.

Ahora, el Despacho evidencia que de conformidad a las certificaciones expedidas por el Funcionario competente para certificar y el Coordinador del Grupo de Tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC (Fls. 12-13 y 20), el actor percibió para el periodo referido: asignación básica mensual, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

De los anteriores factores, tal como se desprende de las Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015 (Fls. 21 a 26), la entidad demandada al liquidar la pensión de vejez de la parte actora reconoció los que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica mensual, quedando pendientes de reconocer los denominados: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.**

En consideración a los conceptos no reconocidos por la entidad en la liquidación pensional de la parte actora, se hace necesario citar el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, que refiere a la bonificación por recreación, según el cual:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, a reliquidar la pensión del señor Pablo José Quinceno Monsalve, con la inclusión de todos los factores salariales

devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 31 de octubre de 2013 y el 30 de octubre de 2014, a saber: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, la doceava parte de la prima de vacaciones, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima de servicios**, además de la ya reconocida asignación básica mensual.

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

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el reajuste de la pensión del señor Pablo José Quinceno Monsalve se ordenó teniendo en cuenta que los ingresos percibidos en el último año de servicios no han sido aumentados de manera significativa, pues los mismos corresponden a la realidad y los ha devengado de manera habitual y periódica, respetando además los principios consagrados en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad, como son entre otros, el de favorabilidad e indubio pro operario, siendo aplicables de conformidad a lo dispuesto en el artículo el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud del principio pro homine.

Cualquier interpretación legislativa y/o judicial que esté en contravía del principio pro homine en sus múltiples aplicaciones y en especial sobre el tema bajo estudio estaría en contra del principio de progresividad y no regresividad en materia laboral consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2.1 del PIDESC y el inciso 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT.

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

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

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la entidad demandada reconoció a la parte actora pensión de vejez a través de la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015 (Fl. 23), efectiva a partir del 1º de noviembre de 2014 y que presentó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el 12 de mayo de 2017 (Fl. 59), sin que se haya superado el término de 3 años, razón por la cual, no se encuentra configurada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales.

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 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 del factor salarial reconocido en la sentencia y sobre el cual 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>7</sup>, igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.*

<sup>7</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."

**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.<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>8</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

<sup>8</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.

contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

*(...)*

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

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

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

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

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

#### - MESADA 14

En el caso que nos ocupa, se encuentra demostrado que el derecho a la pensión de vejez del señor Quinceno se causó el 1º de noviembre de 2014, tal como se advierte de la Resolución No. GNR 173311 del 12 de junio de 2015 (Fls. 21 a 23), esto es, con

posterioridad al 26 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que eliminó la mesada catorce.

Así las cosas, se reitera que los pensionados que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien el señor Quinceno percibe una mesada pensional inferior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cierto es, que su pensión de jubilación fue causada con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual, no se presenta el segundo presupuesto para acceder a la mesada catorce.

De conformidad con el análisis que antecede, no hay duda que al demandante no le asiste el derecho reclamado, por lo tanto, el Despacho negará el reconocimiento y pago de la mesada catorce.

**- INCREMENTO PENSIONAL POR PERSONA A CARGO.**

Sobre el particular, se precisa que el actor solicitó el incremento pensional por persona a cargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, no obstante, en primer lugar se hace necesario indicar que una vez revisadas las documentales aportadas con el libelo demandatorio no se encuentra demostrado que el señor Quinceno tenga a su cargo hijos o hijas menores de 16 años y/o cónyuge o compañera que dependan económicamente de él.

Y, en segundo lugar, el derecho pensional que devenga el actor fue reconocido por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES en los términos de la Ley 32 de 1986 y no bajo las exigencias propias del Acuerdo 049 de 1990, requisito indispensable para acceder a los aumentos contemplados en el artículo 21 y 22 del Decreto 758 de 1990.

En lo que refiere a los incrementos pensionales, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de noviembre de 2017, expediente No. 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08), demandante: Instituto de Seguros Sociales, Demandado:

Nación –Ministerio de la Protección Social, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández, señaló:

*(...)*

*El tercer cargo se hizo consistir en que en la actualidad al Instituto de los Seguros Sociales no se le puede imponer el pago de los incrementos, porque con ello se encuentra en desigualdad frente a las demás entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida, quienes no tienen esa obligación a su cargo.*

*Al respecto se debe indicar que si la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición para salvaguardar los derechos pensionales de los individuos que reunieron los requisitos para obtener el reconocimiento de la jubilación por invalidez o por vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, y en este acuerdo se le impuso al instituto, la obligación de pago de esas pensiones y de los incrementos correspondientes por personas a cargo, siempre que se cumplan los requisitos por parte de sus beneficiarios para el efecto, no cabe la menor duda que es a esta entidad a la que le asiste la obligación de pago por dichos conceptos.*

*Deber que difiere del impuesto por la Ley 100 de 1993 en lo que concierne al régimen de prima media con prestación definida, que por supuesto igualmente debe asumir de acuerdo con lo dispuesto por este nuevo régimen pensiona.  
(...)"*

Así las cosas, se reitera que el incremento deprecado por la parte actora se reconoce a los jubilados que consolidaron su derecho al tenor del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con el Decreto 758 de 1990, régimen del cual se encuentra exento el demandante, teniendo en cuenta que al prestar sus servicios como Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC es beneficiario de la Ley 32 de 1986 y así fue reconocido por la entidad demandada, tal como se indicó con anterioridad.

Por lo tanto, el actor no puede pretender que se apliquen las disposiciones que rigen a los trabajadores del sector privado, siendo estos los únicos llamados a beneficiarse de los incrementos contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, circunstancia por la cual, no se accederá a esta pretensión.

#### **- DESCUENTOS EN SALUD.**

De conformidad al precedente normativo y jurisprudencial analizado en esta providencia, los pensionados del sector oficial sin excepción alguna, cotizaban el 5% de su mesada pensional, por tratarse de prestaciones de carácter nacional a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social (Ley 4ª de 1966 y Decreto reglamentario 1743 de julio 9 de 1966).

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 unificó el monto de las cotizaciones para financiar los servicios de salud, fijándola en un 12%, no sin antes prever un reajuste en el monto de las pensiones reconocidas antes de la vigencia de la ley con el fin de cubrir la elevación de la cotización en salud establecida en la misma norma.

En consecuencia, no le asiste razón a la parte actora al pretender que sobre la pensión que devenga, se disminuya el porcentaje destinado al pago de salud que viene realizando, teniendo en cuenta que el régimen general de salud no fue sometido a transición, por lo tanto, se negará tal descuento.

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

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

#### **FALLA**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. GNR 173311 del 12 de junio de 2015; GNR 273007 del 6 de septiembre de 2015; VPB 73620 del 9 diciembre de 2015; GNR 99950 del 8 de abril de 2016 y VPB 24802 del 10 de junio de 2016, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor Pablo José Quinceno Monsalve, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.531.540, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, periodo comprendido entre el 31 de

octubre de 2013 y el 30 de octubre de 2014, a saber: además de la asignación básica ya reconocida, los siguientes: **prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, la doceava parte de la prima de vacaciones, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima de servicios**, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** 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 el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

**CUARTO:** Negar el reconocimiento y pago de la mesada 14, del incremento por persona a cargo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Negar los descuentos en salud, por las razones anteriormente expuestas.

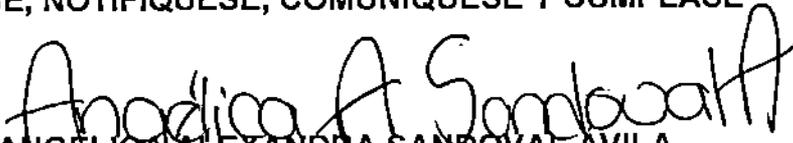
**SEXTO:** Sin lugar a condena en costas.

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

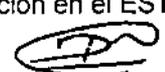
**OCTAVO:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA  
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 12 de septiembre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>067</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



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

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2018-00088-00  
**Demandante:** BLANCA GUEVARA DE SALEME  
**Demandado:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia  
de primera instancia – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

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

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Blanca Guevara de Saleme, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017, mediante la cual la entidad demandada reliquidó la pensión de la parte actora sin tener en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios.

Se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto negativo consolidado por la falta de respuesta al recurso de apelación presentado el 6 de diciembre de 2017, en contra de la Resolución anterior.

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

Reliquidar la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, con la totalidad de los factores salariales denominados sueldo, los dominicales y festivos, el recargo nocturno, la prima de antigüedad, la prima de navidad, bonificación por servicios y la prima de servicios, devengados en el último año de servicios.

Cancelar las sumas adeudadas de manera actualizada de conformidad al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

El reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Condenar al pago de costas y agencias en derecho, 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. 26 a 28):

La demandante prestó sus servicios al Estado desde el 5 de mayo de 1983 al 22 de diciembre de 2005.

Mediante la Resolución No. 038094 del 18 de noviembre de 2005, el Instituto de Seguro Social reconoció pensión de vejez a la actora, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación lo devengado en los últimos 2866 días anteriores a la última fecha de cotización.

El demandante mediante apoderado judicial presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 17 de julio de 2017, a través del cual solicitó a la entidad demandada reliquidar la pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985 y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicios.

Mediante la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017, la entidad demandada reliquidó la pensión de la demandante sin que en ella se tuviera en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicios.

Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación el 6 de septiembre de 2017, sin que a la fecha haya respuesta.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas cita el artículo 1º, 13, 25, 29, 53, 90 y 209 de la Constitución Política, artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que la actora cumple con los requisitos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual el régimen pensional aplicable es el establecido en la normatividad anterior, es decir, la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, adujo que a la demandante se le debe reconocer y liquidar el cálculo del monto pensión teniendo en cuentas todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y no como se estableció en el acto demandado, además con la interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado se entiende que todos los factores devengados hacen parte para calcular el IBL de las pensiones.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 68 a 83).

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, Leyes 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 audiencia inicial adelantada el 28 de agosto 2018 (fls. 88 a 91), la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 14:48 hasta el minuto 17:17), por su parte la apoderada de la parte demandada expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 17:22 hasta el minuto 20:44).

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 28 de agosto del año en curso (fls. 88 a 91), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer los siguientes interrogantes:

- ¿Se configuró el silencio administrativo respecto al recurso de apelación presentado por la parte actora ante la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017?
- ¿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 salariales devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?
- ¿Tiene derecho la parte actora a que la entidad demandada le reconozca y pague los intereses moratorios, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?
- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que sea reajustada e indexada la primera mesada pensional en virtud de la reliquidación pensional a realizarse por la no inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985?

### 2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 038094 del 18 de noviembre de 2005, expedida por el Instituto de Seguro Social que reconoció la pensión de jubilación a la señora Guevara Saleme condicionada a la acreditación del retiro del servicio (fls. 2 a 4).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 022984 del 13 de junio de 2006, mediante la cual el extinto ISS ingresó en nómina el derecho prestacional de la actora (fls. 5 a 6).

2.3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES el 17 de mayo de 2017, mediante el cual la parte actora solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 33 de 1985 (fls. 7 a 9).

2.4. Copia simple de la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017, mediante la cual la entidad demandada reliquidó la pensión de la demandante de conformidad con la Ley 33 de 1985 con el IBL correspondiente a los promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad (fls. 11 a 17 vto.).

2.5. Copia simple del recurso de apelación contra la Resolución referida (fls. 18 a 22).

2.6. Copia simple del certificado laboral de la actora y de los salarios percibidos (fls. 23 y 24).

2.7. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Cecilia Guevara de Saleme (fl. 25).

### **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.

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

##### **- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora es de fecha 6 de septiembre de 2017 (fls. 18 a 22), 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 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

<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.

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.

### **Atributos de los Actos Administrativos: Requisitos de Existencia, Validez y Eficacia**

Se ha definido como acto administrativo la manifestación unilateral de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, a su vez, se han señalado una serie de características especiales que permiten determinar desde que momento el acto nace a la vida jurídica, cuando es exigible y en qué momento esa manifestación unilateral de la voluntad se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico.

En ese orden, se tiene que un acto administrativo existe cuando convergen en un sólo momento los elementos de sujeto, objeto, causa, fin y forma (requisito de existencia), dicho acto existiendo no produce de forma inmediata efectos jurídicos hasta tanto se produzca la notificación, comunicación y/o publicación del mismo según corresponda a la naturaleza de la decisión con base en lo establecido en el Título III Capítulo V de la Ley 1437 de 2011, para otorgarle la posibilidad al interesado de interponer los recursos que procedan (requisito de eficacia) y, existiendo y produciendo efectos jurídicos el acto administrativo en cualquier momento es susceptible de control de legalidad por la misma administración y/o jurisdiccional para determinar si el mismo se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico (requisito de validez).

Así las cosas, se tiene que un acto administrativo existiendo puede o no producir efectos jurídicos y aun teniendo plena aplicación puede que esa manifestación unilateral de la voluntad este contraria a la Constitución y a la Ley, no obstante para que se configure alguno de esos escenarios resulta fundamental que el acto cumpla con los elementos de sujeto, objeto, causa, fin y forma.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de octubre de 2015, explicó de manera clara el desarrollo jurisprudencial que sea suscitado entorno a la existencia, validez y eficacia de los actos administrativos de la siguiente manera:

*"(...) La **eficacia**, como quedó establecido, hace referencia a que realmente el acto administrativo se realice, ejecute o cumpla, es decir, que produzca los efectos jurídicos previstos por la autoridad al momento de su expedición. Frente al tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-957 de 1999 indicó:*

*"Los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros."*

*En suma, un acto administrativo puede existir y estar viciado en su validez, puede existir y ser válido, mas no eficaz, e incluso existir, no ser válido y haber producido todos sus efectos jurídicos. Pero, como es apenas natural, presupuesto de la eficacia y la validez es la existencia, de forma que aquel no podrá ser válido o inválido, ni tampoco eficaz o ineficaz, si no existe."<sup>2</sup> (Negrillas fuera del texto original)*

En consecuencia, le asiste a la administración la obligación frente al acto administrativo de publicarlo o notificarlo dependiendo de si corresponde a uno de tipo general o particular respectivamente, para que en consecuencia sea eficaz. Dicha notificación se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 66 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

### **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.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 30 de octubre de 2015. Expediente No. 2500-23-41-000 00543-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

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>3</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 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>4</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

<sup>3</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 subsumción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

<sup>4</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.

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 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>5</sup>, 102<sup>6</sup>, 256<sup>7</sup>, 269<sup>8</sup> y 270<sup>9</sup> mecanismos, recursos y

<sup>5</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>6</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>7</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>8</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>9</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.

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.

- **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 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 hiciera 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>10</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*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

*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>11</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 Rincón<sup>12</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

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</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

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).*

*(...)"*

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

### **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>13</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>13</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 (...)" (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.

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**

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 6 de septiembre de 2017, 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 y en consecuencia se pague los intereses moratorios, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 .

### **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 encuentra demostrado que la señora Blanca Cecilia Guevara de Saleme mediante apoderado radicó recurso de apelación contra la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017, ante la accionada el 6 de septiembre de 2017 (fls. 18 a 22).

No obstante, la entidad demandada allegó en medio magnético visible a folio 69 los antecedentes administrativos de la demandante, en los que se encuentra la Resolución No. DIR 15290 del 12 de septiembre de 2017, acto administrativo que resuelve el recurso interpuesto por la parte actora confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017.

Por lo anterior, este Juzgado precisa que el acto administrativo referido es de contenido particular, en cuanto decidió una situación determinada de un sujeto individualizado. En atención a esta característica, le asiste la obligación a COLPENSIONES a realizar la notificación personal a la demandante de conformidad con el artículo 67 del CPACA, para que proceda a ejercer el derecho de oponibilidad y se configure la existencia y eficacia de la Resolución.

Ahora bien, de las documentales aportadas al plenario con la contestación de la demanda, no se allegó constancia de la respectiva notificación a la demandante de la Resolución No. DIR 15290 del 12 de septiembre de 2017, mediante la cual resolvió el recurso interpuesto de fecha 6 de septiembre de 2017, lo que permite concluir que la entidad demandada omitió su deber de notificación del acto administrativo referido, lo que dio lugar, a que en el asunto de la referencia se configuró el silencio administrativo negativo frente al recurso señalado 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 6 de septiembre de 2017.

### **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 lo expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia y en cumplimiento del artículo el 7º del CGP<sup>14</sup> aplicable al

---

<sup>14</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)*

asunto por remisión expresa del artículo 306 del CPACA y el principio de razón suficiente<sup>15</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 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>16</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:

---

<sup>15</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.

<sup>16</sup>

“(…)

**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 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 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 (...)**. (Negritas 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 discute 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 hiciera 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>17</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.

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

<sup>17</sup> Corte Constitucional sentencia T-832A-13

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>18</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

<sup>18</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.

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>19</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>20</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.

---

<sup>19</sup> Para el Efecto. Ver T-559/11

<sup>20</sup> Para el Efecto. Ver T-730/14

Lo anterior se reitera porque: i) permite que la personas beneficiarias del régimen de transición adquieran una pensión con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo<sup>21</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.

Visto lo anterior y descendiendo al asunto de la referencia, se resalta que la señora Blanca Cecilia Guevara de Saleme, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017 (fls. 11 a 17 vto.), mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, reliquidó la pensión de la actora y la nulidad del acto ficto o presunto por el silencio de la entidad demandada ante el recurso de apelación presentado el 6 de septiembre de 2017, contra la Resolución anterior (fls. 24 a 26 vto.).

La actora 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.

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 Blanca Guevara de Saleme tenía 49 años de edad, pues nació el 5 de agosto de 1945, tal como se extrae del documento de identidad de la actora, obrante a folio 25 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

---

<sup>21</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.

consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó en su momento el I.S.S. en la Resolución No. 38094 del 18 de noviembre de 2005, mediante la cual reconoció la pensión de vejez a la señora Guevara de Saleme<sup>22</sup>. Igualmente, como lo indicó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, en la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017, mediante la cual se reliquidó dicha prestación social (fls. 11 a 17 vto.).

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 de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, puesto que se estaría contrariando el precedente fijado por la Corte Constitucional.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora al pago de los intereses moratorios pretendidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

---

<sup>22</sup> Considerando 1º de la Resolución No. SUB 152333 del 10 de agosto de 2017.

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 la existencia del acto ficto negativo que surgió por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 6 de septiembre de 2017 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 ÁVILA**  
Juez

JEJP.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy doce (12) de septiembre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>57</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
---