

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (06) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2021** 00104 00
Demandante : FABIO RAUL MARÍN MORENO
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor **FABIO RAUL MARÍN MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.202.873, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA¹

1.1. Pretensiones

“1. Que se declare nulidad de la Resolución DPE 16808 del 21 de diciembre de 2020 de COLPENSIONES, que resolvió el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 207594 del 29 de septiembre de 2020, por cuanto omitió reliquidar la pensión con los factores salariales de horas extras reconocidos por la Resolución 419 de 2017 de la U.A.E. CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ D.C., por la cual le cancelo a mi poderdante la suma de SETENTA MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS COP. (\$70.391.357,00).

2. Declarar que mi poderdante FABIO RAUL MARIN MORENO, a título de restablecimiento del derecho, tiene derecho a que COLPENSIONES proceda a reliquidar su pensión de vejez de alto riesgo, teniendo en cuenta todos los factores devengados constitutivos de salario, incluyendo las horas extras reconocidos por la Resolución 419 de 2017 de la U.A.E. CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ D.C., por la cual le cancelo a mi poderdante la suma de SETENTA MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS COP. (\$70.391.357,00).

¹ Documento 02.

3. Condenar a COLPENSIONES, a que, sobre las diferencias adeudadas a mi mandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de estas, conforme al Índice de Precios al Consumidor-IPC, sobre las diferencias dejadas de reconocer, desde el día 09 de JULIO de 2018, fecha de su desvinculación, y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

4. Condenar a COLPENSIONES a que, si no da cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, pague en favor de mi mandante intereses moratorios.

5. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el Código General del Proceso.”

1.2. Relación fáctica:

Como hechos relevantes del escrito de demanda, el Despacho sintetiza los siguientes:

1.2.1. El señor Fabio Raúl Marín Moreno nació el 19 de abril de 1967.

1.2.2. El demandante prestó sus servicios en la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. desde el 05 de julio de 1989 hasta el 09 de julio de 2018 fecha en la cual le fue aceptada su renuncia al cargo por Resolución 207 de 10 de abril de 2018.

1.2.3. Mediante Resolución No. SUB 195246 de 24 de julio de 2018 la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES liquidó la pensión del demandante sobre 1.638 semanas, con un IBL de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 72.37%, ordenando su inclusión en nómina.

1.2.4. Por otra parte, a través de la Resolución No. 419 de 13 de julio de 2017 la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. ordenó el pago de una sentencia judicial a favor del demandante ordenado pagarle las horas extras dejadas de percibir.

1.2.5. De dicho valor pagado al demandante en junio de 2018, la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. no efectuó cotizaciones para pensión ni el cálculo actuarial pertinente para el traslado de los dineros a Colpensiones.

1.2.6. Mediante petición de 05 de marzo de 2020 el demandante solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta para el efecto el factor salarial de horas extras.

1.2.7 A través de la Resolución No. SUB 207594 de 29 de septiembre de 2020 la entidad demandada reliquidó la pensión del actor actualizando la mesada, empero en cuanto al reconocimiento de las horas extras indicó que una vez revisada la base de datos no existe liquidación ni pagos por concepto de cálculos actuariales privados por omisión

1.2.8. La parte actora presentó y sustentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra la anterior decisión, según la cual mediante Resolución No. DPE 16808 de 21 de diciembre de 2020 la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES confirmó en todas sus partes la decisión inicial.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la parte actora invoca como normas quebrantadas las siguientes:

- Artículos 2, 6, 25, 29 48 y 53 de la Constitución Política.
- Artículos 13, 17, 18.3, 22, 23, 24 y 150 de la Ley 100 de 1993.
- Decreto 11558 de 1994.
- Ley 797 de 2003.

Dijo que, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador, y en el caso del demandante el empleador omitió la cotización de las horas extras que, si fueron percibidos, por lo que es obligación de Colpensiones adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Sostuvo que no puede negarse el reconocimiento de la reliquidación de la pensión en el caso concreto, porque la entidad encargada de reconocerla, está en el deber de exigir al empleador el pago de los aportes, por cualquiera de las vías administrativas o judiciales legalmente establecidas, e imponer las sanciones previstas. No es dable hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes pensionales, ni alegar en su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro. Lo anterior, puesto que el empleado es ajeno a dicha a dicha situación de mora y no tiene porqué asumir la ineficiencia de la administración en el cobro de los aportes.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES ².

La entidad a través de apoderado, presentó escrito de contestación en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Explicó que, para liquidar la prestación debe tener en cuenta la aplicación del Art. 21 de la Ley 100 de 1993, el art 10 de la Ley 797 de 2003 y los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- no puede disponer de los recursos del Estado para liquidar y pagar valores que no se encuentran reflejados en las historias laborales de los pensionados pues estaríamos ante un detrimento patrimonial de las arcas del erario público, cuando es deber del empleador pagar esos valores para que la Administradora pueda realizar debidamente las liquidaciones prestacionales.

Adujo que a partir de enero de 1995 el Sistema de Aportes a Seguridad Social se maneja por el Sistema de Autoliquidación de aportes, donde los valores de Salarios son reportados directamente por el patrono. En ese sentido, el trabajador es responsable de vigilar que el patrono le esté cotizando con todos los factores salariales, y el patrón es quien debe hacer la cotización correcta de cada trabajador.

² Documento 13.

Indicó que en relación con el pago de los intereses sobre la condena impuesta, se tiene que las sentencias quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas cuando no tienen recursos o estos se han decidido. De conformidad con el Art. 177 del CCA, si la sentencia no señala plazo para el pago de la condena, los intereses moratorios se causan a partir del día siguiente a la ejecutoria, pero si no se presenta la reclamación dentro de los 6 meses siguientes, la causación de intereses se suspende hasta tanto se presente la solicitud de pago con las formalidades y se reanuda hasta su presentación.

Afirmó que sobre las pretensiones del demandante respecto a la reliquidación teniendo en cuenta las horas extras de los cuales presuntamente el Cuerpo Oficial de bomberos no realizó cotización, se hace pertinente precisar que para liquidar la prestación se debe tener en cuenta todos y cada uno de los ingresos base de la cotización reflejados en la historia laboral sobre los que se haya cotizado, lo anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 del 2005 el cual precisa: "*Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)*".

Propuso como excepciones: (i) cobro de o no debido ii) inexistencia del derecho reclamado (iii) prescripción y (iv) buena fe.

3. Convoca a sentencia anticipada

Mediante auto del 26 de noviembre de 2021, se indicó que en atención a que las partes no solicitaron la práctica de pruebas y solicitaron se tuvieran en cuenta las pruebas aportadas en la demanda y sus contestaciones, se dispuso:

1. Convocar a sentencia anticipada.
2. Otorgar valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por las partes.
3. Fijar el litigio en los siguientes términos: "*la legalidad de la Resolución DPE 16808 del 21 de diciembre de 2020, por medio del cual Colpensiones resolvió recurso de apelación y confirmó la Resolución SUB 207594 del 29 de septiembre de 2020. Asimismo, determinar si el demandante tiene derecho a que Colpensiones reliquide la pensión de vejez de alto riesgo, teniendo en cuenta todos los factores devengados constitutivos de salario, incluyendo las*

horas extras reconocidas en la Resolución 419 de 2017 por el Cuerpo Oficial de Bomberos; a que sobre las diferencias adeudadas Colpensiones pague las sumas necesarias para hacer los ajustes conforme el IPC, sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el 09 de julio de 2018, fecha de desvinculación, y hasta cuando se pague su totalidad; al pago de la sentencia confirme el artículo 192 del CPACA y al reconocimiento de intereses moratorios y comerciales según el CGP”.

4. Se corrió traslado por el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

4. Alegatos de conclusión.

4.1 El apoderado de la **parte demandante** ratificó la argumentación fáctica y jurídica de la demanda.

4.2 La **entidad demanda:** Presentó su escrito de alegaciones finales ratificando los argumentos de la contestación de la demanda e indicó que al no haber elementos de juicio que permitan variar la decisión tomada en la Resolución No. SUB 207594 del 29 de septiembre de 2020, resulta evidente que no le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión sea reliquidada, esto, en tanto al estudiar el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente anteriormente expuesta, es notable una ausencia de sustento jurídico que permita acceder a las pretensiones.

Sostuvo también que al momento de liquidar una pensión de vejez para efectos de determinar el IBL automáticamente promedia los salarios IBC sobre los cual se efectuaron los aportes al Sistema General de Pensiones, y que se reflejan en la Historia Laboral, es decir los declarados por todos los empleadores en el Formulario de Autoliquidación de Aportes Mensual, durante toda la vida laboral y/o los últimos diez 10 años, y opta por el Ingreso Base de Liquidación más favorable, que en el caso objeto de estudio es el IBL y que corresponde a los últimos diez 10 años, tal como se efectuó en el estudio pensional del acto administrativo DPE 16808 del 21 de diciembre de 2020.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico.

Corresponde al Despacho estudiar la legalidad de los actos administrativos demandados y determinar si el demandante tiene derecho o no a que se reajuste su pensión teniendo en cuenta para el efecto el factor salarial denominada horas extras establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

3. Actos administrativos demandados.

En el presente asunto se debate la legalidad de la Resolución No. DPE 16808 del 21 de diciembre de 2020 a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, resolvió el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 207594 del 29 de septiembre de 2020.

4. MARCO NORMATIVO-

En primer lugar, es menester referirse a la Ley 100 de 1993 a través de la cual se consagró un nuevo sistema pensional que entró en vigencia el 1° de abril de 1994, no obstante esa ley estableció frente a los derechos pensionales adquiridos antes de la entrada en vigencia de la ley, que su régimen pensional sería el vigente al momento en que se adquirió el status jurídico, por lo mismo dispuso:

“Artículo 11.- El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efecto de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.”

Así pues, en el artículo 36 de la norma antes mencionada se estableció un régimen de transición pensional que protegiera los derechos adquiridos, en el sentido de señalar que determinados aspectos del nuevo régimen pensional no operan para

quienes al 1º de abril de 1994 se encontraran en las circunstancias previstas en dicha norma que es del siguiente tenor:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)”

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por “los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con **35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados**” Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

Ahora bien, como el demandante laboró al servicio de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. desde el 05 de julio de 1989 hasta el 09 de julio de 2018 por favorabilidad es beneficiario del régimen de transición del Decreto 1835 de 1994.

El artículo 4 del capítulo II del Decreto 1835 de 1994, previó expresamente lo siguiente:

“Artículo 4º. Régimen de transición. *Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en el numeral 1º del artículo 2º de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.*

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador”.

Dicho artículo sufrió una modificación a través del artículo 1º del Decreto 898 de 1996, por medio de cual se corrigió un yerro tipográfico, dice sus considerandos: «[...] Que por Yerro Tipográfico en el artículo 4º del Decreto 1835 se omitió incluir a los funcionarios que laboran en los Cuerpos de Bomberos como es la voluntad de la norma en el referido Capítulo II” [...]], a partir de lo cual la norma inicial quedó de la siguiente manera:

“Artículo 4o. Régimen de transición. *<Artículo corregido por el artículo 1o. del Decreto 898 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.*

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador”.

Así las cosas, el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994 extendió el régimen de transición allí regulado al personal de los cuerpos de bomberos definidos en el numeral 5 del artículo 2 ejusdem. De modo tal que, a aquellos sujetos previstos en la norma en cita, que se hubiesen vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1835, esto es, al 4 de agosto de 1994, tendrían derecho a que se les garantizaran las condiciones de edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión de vejez o jubilación, reguladas en las normas previas a la Ley 100 de 1993, siempre que fuesen más favorables.

Frente a los factores salariales de cotización el Decreto 1158 de 03 de junio 1994 “Por el cual se modifica el artículo 6 del Decreto 691 de 1994” dispuso:

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.”

Ahora bien, es preciso indicar que si bien, el Honorable Consejo de Estado en sentencia reciente de Unificación de 28 de agosto de 2018³, definiendo el criterio de interpretación de lo Contencioso administrativo frente a los factores salariales de cotización, también lo es que esa subregla debía ser interpretada para la pensión de vejez de los servidores **públicos beneficiarios de la transición**, en ese sentido se tendrían en cuenta únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, mas no aquellos que ya estaban regidos por el sistema general de pasión de la Ley 100 de 1993.

4. CASO CONCRETO

En el presente asunto, está probado que el señor Fabio Raúl Marín Moreno nació el 19 de abril de 1967 y que al momento de presentar la renuncia al cargo contaba con 51 años de edad y trabajó al servicio en la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. desde el 05 de julio de 1989 hasta el 09 de julio de 2018 fecha en la cual le fue aceptada su renuncia al cargo por Resolución 207 de 10 de abril de 2018.

Que mediante Resolución No. SUB292158 de 18 de diciembre de 2017 la Administradora colombiana de Pensiones –Colpensiones le reconoció una pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo al demandante, y dejándola en suspensión hasta el retiro definitivo del servicio (Documento 01 Folio 18 y siguientes).

³ Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, Magistrado Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes (Proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01).

Por otra parte, el demandante inició un proceso ordinario a fin de que su empleadora le reconociera y pagara las horas extras laboradas, a cuyo efecto, mediante Resolución No. 419 de 13 de julio de 2017 la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. ordenó el pago de una sentencia judicial a favor del demandante ordenado pagarle las horas extras dejadas de percibir; es decir que, mediante sentencia judicial se concluyó que el señor Fabio Raúl Marín Moreno sí había percibido durante sus años laborados en dicha institución las horas extras.

A través de la Resolución No. SUB 195246 de 24 de julio de 2018 la entidad demandada reliquida la pensión de vejez del actor de acuerdo al Decreto 2090 de 2003 por ser más favorable, con un porcentaje del IBL del 72.37% y teniendo en cuenta para ello lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio.

El 05 de marzo de 2020 el demandante solicitó ante la Administradora colombiana de Pensiones –Colpensiones la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta para el efecto, el acto administrativo que reconoció y pagó las horas extras, petición que fue resuelta mediante Resolución No. SUB 207594 de 29 de septiembre de 2020 a través de la cual se reajustó la pensión, empero no se reconoció las horas extras.

Por aquel motivo, el señor Fabio Raúl Marín Moreno presentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra dicha decisión; a cuyo efecto mediante Resolución DPE 16808 de 21 de diciembre de 2020 se confirmó en todas sus partes la decisión inicial.

Así las cosas, y como se mencionó en líneas anteriores, frente a los factores salariales de cotización de aquellos servidores públicos beneficiarios de la transición, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, definiendo el criterio de interpretación de lo Contencioso administrativo proponiendo la subregla de que se tendrían en cuenta únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones; en ese sentido inicialmente se podría decir que en el caso bajo estudio, no sería factible el reajuste pensional por cuanto frente a las horas extras el demandante nunca cotizó.

Pero ello conlleva a un trasfondo del asunto, en tanto si bien las horas extras no fueron objeto de cotización a pensiones, también lo es que dicha omisión no fue culpa exclusiva del pensionado; sino que la empleadora del mismo -la Unidad

Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.- no realizó los respectivos descuentos y aportes a pensión, por cuanto el factor salarial de horas extras no había sido reconocidas al actor sino hasta el año de 2017, según el cual, mediante Resolución No. 419 de 13 de julio de 2017 se dio cumplimiento a un fallo judicial que ordenó el pago de las horas extras desde el 08 de mayo de 2006 (documento 2 Folio 38 y siguientes), luego desde aquella fecha debió efectuarse el descuento a seguridad social y ser objeto de factor salarial para cotización a pensiones.

De tal suerte que, el demandante no puede asumir la posición pasiva en el entendido en que no fue su omisión la que afectó el IBL de la pensión, sino que fue a causa del descuido de la empleadora, por una parte, en no pagar y tener como factor salarial las horas extras y por el otro lado, no realizar los respectivos descuentos para pensión en el momento oportuno para ello.

Bajo ese entendido, en primera medida le es aplicable al reajuste pensional lo contenido en el Decreto 1158 de 1994, frente a los factores salariales base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, que en este caso son las horas extras; y en segundo lugar como la empleadora -la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.- no realizó los respectivos descuentos y aportes a pensión, debe estar obligada a hacerlo teniendo en cuenta para ello las sanciones a que haya lugar.

Factores que en todo caso si tenían que hacerse efectuado los descuentos para cotización por parte del empleador del demandante, pues debió percibirlos durante los últimos 10 años de cotización (2008-2018) o por lo menos eso ordenó la sentencia judicial de 28 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

En ese sentido, y en cuanto a las cotizaciones que debieron efectuarse a lo largo de la vida laboral del actor y en cuanto a los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 03 de diciembre de 2020, Consejero ponente doctor William Hernández Gómez (Proceso No. 44001-23-33-000-2016-01290-01(4862-19)) indicó:

*“Si bien no se aportó prueba de los factores sobre los cuales la demandante realizó aportes para seguridad social y especialmente para pensión durante los últimos 10 años de servicio, **no se controvierte que la entidad empleadora se encontraba sometida al imperio de la Ley y que atendió la correspondencia que debe existir entre los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994 y aquellos frente a los que se realizaron las correspondientes cotizaciones, devengados en dicho lapso.**” (Resaltado fuera del texto)*

En ese sentido, si era imperioso bajo la obligatoriedad de la ley que la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. hubiera efectuado las cotizaciones respectivas a pensión en relación con el factor salarial de horas extras establecido en el Decreto 1158 de 1994 respecto del caso del señor Fabio Raúl Marín Moreno y al no haberse realizado, afecta de manera ostensible el reajuste pensional de la demandante.

Así las cosas, es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, en cuanto se logró demostrar que efectivamente el actor debía haber percibido los factores salariales hoy reclamados y que sobre ello debía efectuarse la respectiva cotización, situación que genera un cambio significativo en el monto de reconocimiento pensional.

En tal sentido, y como quiera que los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 dispusieron la obligatoriedad del empleador en el pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio a pensión, las sanciones que incurriría de no hacerlo en el tiempo dispuesto para ello y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, será procedente declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado y ordenar el restablecimiento del derecho en cuanto a que la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- reliquide la pensión del demandante incluyendo en el IBL el factor salarial de horas extras establecido en el Decreto 1158 de 1994, cotizados durante los últimos 10 años de servicios (2008-2018) y en ese sentido ordene las acciones de cobro a que haya lugar a la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la pensión de vejez del actor fue reconocida a partir del 09 de julio de 2018 y la petición de reliquidación pensional fue presentada el 05 de marzo de 2020, se observa que no han transcurrido más de tres (3) años entre una fecha y otra para que se configure el fenómeno de la prescripción.

A las sumas que resulten a favor de la parte actora y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, una vez efectuada la liquidación de las

diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., mediante la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Ésta providencia deberá cumplirse en los términos previstos en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y se ordenará pagar los intereses en los términos establecidos en esa misma normatividad.

5. Costas

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida por parte de la parte demandada y que los argumentos de la defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. DPE 16808 del 21 de diciembre de 2020 a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, resolvió el recurso de apelación interpuesto y confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 207594 del 29 de septiembre de 2020.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a reliquidar la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo del señor **FABIO RAUL MARÍN MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.202.873, incluyendo en el IBL el factor salarial denominado horas extras establecidos en el Decreto 1158 de 1994, cotizado durante los últimos 10 años de servicios (2008-201) y en ese sentido ordene las acciones de cobro a que haya lugar contra la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C..

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

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados y previas las anotaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁴,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

⁴ Correos Electrónicos: notificaciones@organizacionsanabria.com.co
judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co ricardoescuderot@hotmail.com
ancastellanos.conciliatus@gmail.com notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martínez
Juez
Juzgado Administrativo
054
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **40a3724d3af9e2a5b7a9f92bb940589ae805aab1987e60326d18944ec7b24017**
Documento generado en 06/05/2022 12:08:06 PM

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