



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2.021).

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

Advertido que el numeral 1º. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 12 de febrero de 2021 (fls. 143 a 144) sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes.

La demanda:

El señor **Sergio Acosta Peña** actuando por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas (fls. 57 y 58):

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resoluciones Nros. GNR67413 del 10 de marzo de 2015 y VPB51681 del 7 de julio de 2015, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión del señor **Sergio Acosta Peña**.
2. Que como consecuencia del anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", reliquidar y pagar al señor **Sergio Acosta Peña** la pensión de vejez que le fue reconocida por Resolución Nro. 7270 del 28 de diciembre de 2006, expedida por el Instituto de los Seguros Sociales "ISS", tomando como salario base de liquidación, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo lo cotizado en los periodos 2003-7, 2003-10, 2004-10, actualizando correctamente el IPC, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, elevando su monto a la suma de \$621.493 mensuales, efectiva a partir del 15 de diciembre de 2005.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del "Estado de Emergencia económico, social y ecológico" decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente "coronavirus"; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

3. Que se ordene a la entidad demandada a pagar las sumas que resulten a favor del señor **Sergio Acosta Peña** debidamente indexadas.
4. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 del C. de P.A. y de lo C.A.
5. Que se ordene en costas a la entidad demandada.

Hechos (fls. 58 a 60):

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, narró los siguientes:

1. Que el señor **Sergio Acosta Peña** nació el 15 de diciembre de 1995 y fue empleado oficial por más de 20 años al servicio del Departamento del Tolima hasta el 10 de julio de 2001, haciéndolo acreedor al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. Que el señor **Sergio Acosta Peña** cotizó al sistema como empleado de la Gobernación del Tolima desde el 14 de febrero de 1979 hasta el 10 de julio de 2001 y posteriormente lo hizo como particular desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 31 de marzo de 2004, sin embargo, en la historia laboral no aparecen reflejadas las cotizaciones por los periodos 2003-7 2003-10 y 2004-3, modificándose el monto de las cotizaciones de los últimos 10 años, por lo que se solicitó la corrección de la historia, no obstante, la entidad demandada Colpensiones hizo caso omiso.
3. Que mediante Resolución Nro. 7270 del 28 de diciembre de 2006 el Instituto de los Seguros Sociales "ISS" reconoció la pensión al señor **Sergio Acosta Peña** en suma equivalente a \$527.948, argumentando obtener el IBL de acuerdo con lo cotizado o devengado en los últimos 10 años.
4. Que con ocasión de los recursos interpuestos contra dicho acto la entidad demandada Colpensiones mediante Resoluciones Nro. 9158 del 24 de septiembre de 2007 y 645 del 29 de mayo de 2009, confirmó la decisión contenida en la Resolución Nro. 7270 del 28 de diciembre de 2006.
5. Que al revisar la liquidación efectuada por el Instituto de los Seguros Sociales "I.S.S.", se encontró que la misma es inferior a la que realmente corresponde, por lo que el día 15 de octubre de 2014 se solicitó a Colpensiones un nuevo estudio para que se incrementará la mesada pensional a la suma de \$621.493, efectiva a partir del 15 de diciembre de 2005 sobre un I.B.L. de \$828.601, incluyendo los periodos cotizados 2003-7, 2003-10 y 2004-3, petición que fue negada por Colpensiones mediante Resoluciones Nro. GNR67413 del 10 de marzo de 2015 y VPB51681 del 7 de julio de 2015.
6. Finalmente, señala que está de acuerdo con la entidad pensional Colpensiones, en cuanto a que la norma más favorable es la liquidación con los 10 últimos años de cotización, no obstante, la discusión de la presente controversia se centra en que no se liquidó correctamente el salario base de liquidación, ni se tuvo en cuenta las cotizaciones por los periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3, pues después de realizar un análisis del IPC sobre los sueldos percibidos entre 1994 a 2004, señala que existe una diferencia entre la pensión reconocida (\$527.948) y la que se debió reconocer (\$632.681) de \$104.733 pesos.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho trae a colación el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y jurisprudencia constitucional.

Expresó que la entidad demandada ha menoscabado las disposiciones que regulan lo relativo al régimen pensional del demandante, pues ha dejado de emplear la normatividad aplicable al caso en concreto y en especial, en el acto administrativo en el que se reconoce el estatus de pensionado al demandante, al no incluir los

periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3 que el actor pago a Colpensiones y que no se incluye en el salario base de cotización, disminuyendo de esta manera la base sobre la cual se obtiene la pensión a pagar, por cuanto en reiterados pronunciamientos, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios la aplicación de la normatividad anterior en lo relativo a la edad, tiempo de servicios y monto de la prestación pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el cual está sometido a la definición consagrada en el inciso 3º del artículo 36 de la citada ley.

Trámite procesal.

La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2017 (fl.1) y al haberse subsanado, con ocasión al auto de fecha 29 de enero de 2018 (fl. 19), mediante proveído del 12 de marzo de 2018 (fl. 65) se admitió la misma, ordenándose la notificación a la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Surtida en debida forma la notificación a las partes (fls. 70 a 75), de la constancia secretarial obrante a folio 89 del plenario se evidencia que, dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" contestó la demanda de la referencia.

Contestación de las entidades Demandas.

Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones".

Solicita se absuelva de todas las peticiones invocadas en la demanda, toda vez que los actos emitidos por la entidad se encuentran conforme a derecho, no encontrándose en la obligación de reconocer suma alguna a favor del demandante.

En primer lugar señala que antes del 29 de noviembre de 2003 fecha en la que entró en vigencia de la Ley 797 de 2003, los trabajadores independientes se consideraban, afiliados voluntarios en virtud del artículo 15 de la ley 100 de 1993, con posterioridad a la mencionada ley, los mismos se consideraron obligatorios al Sistema General de Pensiones, no obstante señala que indistintamente de su status de afiliación, los trabajadores independientes realizan sus cotizaciones bajo presupuestos diferentes a los trabajadores dependientes, a saber:

- i. De acuerdo a lo establecido en el artículo 20 inciso 3º del Decreto 692 de 1994 las cotizaciones se entenderán hechas para cada periodo de manera anticipada y no por mes vencido, razón por la cual si no se especifica el periodo, se toma el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte.
- ii. Los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 no previeron la aplicación de sanciones moratorias, y la posibilidad de ejercer en su contra acciones de cobro por parte de las entidades administradoras del sistema, frente a aportes extemporáneos, asimismo el artículo 28 del decreto 692 de 1994 señalaba que "tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones y aún eran por mes anticipado y no por mes vencido".

Presupuestos de los que colige que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes, además de hacerse mensualmente, deben cumplirse anticipadamente de suerte que ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos, por lo que a la entidad administradora le corresponde, en consecuencia, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades

de qué trata el Decreto 1406 de 1999 y el concepto jurídico Nro. 2013_2.777.908 del 25 de abril de 2013, en el que se advierte que las cotizaciones de dichos trabajadores independientes, se entenderán hechas por cada periodo, de manera anticipada y no por mes vencidos, razón por la cual si no es especificado el periodo de cotización, debe tomarse como periodo de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte.

Motivo por el cual, concluye que, una vez revisada integralmente la historia laboral del accionante y observado que los ciclos de cotización 2003-7, 2003-10 y 2004-3, fueron pagados el día 11 de agosto de 2003, el 10 de noviembre de 2003 y el 4 de abril de 2004, respectivamente, con novedad de "pago vencido como trabajador independiente", no es dable aplicar a dichos periodos de cotización en la liquidación prestacional.

En cuanto al IBL señala que al momento de entrar a determinar el mismo, deberá recordarse que el término devengado al que se alude en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con lo establecido por las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, las sentencias de unificación del 23 de agosto de 2018 y la sentencia SU-230 de 2015, sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, advirtiendo que el IBL no es un aspecto de transición, con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Finalmente, advierte que de conformidad con el artículo 167 del C.G. del P., la parte actora tenía el deber procesal, de como mínimo desvirtuar, la presunción de legalidad del acto administrativo que hoy se demanda, so pena de que se presuma que el mismo fue emitido conforme a derecho, por lo que, ante tal omisión, sus pretensiones están destinadas al fracaso.

Como medios exceptivos propuso las denominadas **i. *inexistencia de la obligación***, pues las cotizaciones de los trabajadores independientes se entenderán hechas para cada periodo, de manera anticipada y no mes vencido, por lo que, sino se especifica el periodo de cotización debe tomarse como periodo de cotización el mes siguiente a la fecha de la consignación del aporte, motivo por el cual no es dable aplicar a los periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3 la liquidación prestacional del demandante y **ii. *prescripción genérica***, al considerar que el simple reclamo escrito recibido por el empleador del trabajador, interrumpe la prescripción, como quiera que, las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en 3 años, de conformidad con los artículos 489 del C.S. del T. y 151 del C.G. del P. (fls. 82 a 88).

La audiencia inicial.

Con proveído de fecha 8 de abril de 2019 (fl. 92) se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo C.A., no obstante, a través de la providencia adiada el 10 de mayo de 2019 (fls. 95 y 96) se declaró la falta de jurisdicción del asunto de la referencia y se propuso el conflicto negativo de competencias entre la jurisdicción laboral y contenciosa, suspendiendo, en consecuencia, la celebración de la mentada audiencia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 24 de julio de 2019, dirimiendo el conflicto negativo de competencias, asignó el conocimiento a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa representada por el Juzgado Administrativo Oral del Circuito de Ibagué (fls. 5 a 14 del Cuaderno del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria).

En consecuencia, en auto del 20 de septiembre de 2019 (fl. 99) se obedece y cumple lo resuelto en la providencia en cita y se fija fecha y hora para la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 20 de enero de 2020 (fls. 134 a 136), diligencia en la cual se procedió al saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, se fijó el litigio, se tuvo por fracasada la etapa conciliatoria, y se procedió a la incorporación de las pruebas aportadas por las partes y a su decreto, quedando pendiente por recaudar prueba documental de oficio por lo que se consideró innecesaria la realización de la audiencia de pruebas.

Pese a que en reiteradas oportunidades le fue requerida la prueba a la entidad demandada sin que se logrará su recaudo dentro del término otorgado para ello, mediante proveído de fecha 12 de febrero de 2021 visto a folios 143 y 144, se procedió a prescindir de la prueba documental, se precluyó el término probatorio y se corrió traslado para alegar en el presente asunto conforme lo dispone el parágrafo final del artículo 181 del C. de P.A. y de lo C.A.

Alegatos de Conclusión

De conformidad con la constancia secretarial obrante a folio 152 frente del plenario, se advierte que, dentro del término concedido, las partes demandante y demandada se pronunciaron.

Parte demandante.

Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, pues, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en la jurisdicción, se logró demostrar que Colpensiones, al omitir demostrar como obtuvo el salario base de liquidación, dejó de reconocer al señor **Sergio Acosta Peña**, la suma de \$104.733 desde cuando se hizo exigible según se plasmó en la demanda.

Señala que la entidad demandada hizo caso omiso a lo ordenado por el Despacho, donde la carga de la prueba que correspondió a la parte actora se cumplió a cabalidad, tal y como consta en el expediente. Así mismo, considera que ante dicha negativa de aportar los documentos exigidos por el Despacho, los arrimados al expediente son suficientes e idóneos para que se despache favorablemente las pretensiones, más aún, cuando a la parte actora le es imposible aportar documentos que únicamente posee la entidad demandada (fls.150 y 151).

Parte demandada.

Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones".

Ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda solicita se profiera sentencia absolutoria, al considerar que las prestaciones reconocidas en vigencia de la Ley 100 de 1993 se liquidan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y/o 36 de la Ley 100 de 1993 y en ese orden, al haber adquirido su status pensional el señor **Sergio Acosta Peña** el día 15 de diciembre de 2005, se liquidó su mesada pensional tomando en cuenta lo devengado en los 10 últimos años de cotización y toda su vida laboral, acorde al principio de favorabilidad.

En atención al principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, al señor **Sergio Acosta Peña** se le calculo el IBL con base en el promedio de toda la vida laboral, como quiera que, al efectuar la liquidación con el promedio de los últimos 10 años, el IBL era menor al que se tuvo en cuenta para el reconocimiento (IBL 1 del cuadro). El valor del IBL 2 corresponde al promedio de toda la vida la historia laboral del pensionado, concluyendo con la ilustración que

1ª Instancia - Sentencia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Sergio Acosta Peña

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

se encuentra "demostrado que esta entidad aplicó el IBL más favorable, es decir, el IBL 1 con la Ley 797 de 2003":

NOMBRE	FECHA ESTATUS	FECHA RECONO.	IBL	MEJOR IBL	PORCENTAJE IBL	VALOR PENSION MENSUAL	VALOR PENSION ACTUAL
Régimen de Transición Ley 71 de 1988- NACIONAL	15/12/2010	25/03/2012	1,059,669	1	75.00%	794,752	860,314
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003- Legal	15/12/2010	25/03/2012	1,059,669	1	79.57%	843,179	912,737
20 años y 55 años de edad - ley 33 - (Trab. Oficial) Deptal. Distr. Municip (No Cundinamarca) al 01	15/12/2005	25/03/2012	904,473	1	75.00%	678,355	734,315

Para la actualización del IBC durante los últimos 10 años cotizados, señala que de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, resulta obligatorio realizar el reajuste según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Del cuadro allegado se infiere que la actualización del I.P.C. en los periodos 1993 a 1995 se realizó a la asignación básica del mes y con posterioridad, esto es, entre los años 1995 y 2004 sobre el IBC.

Frente a los periodos no tenidos en cuenta para la liquidación del IBL, la entidad demandada aduce que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes al ser diferentes de aquellos dependientes, deben hacerse de manera mensual y anticipadamente, de suerte que ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos, correspondiéndole a la administradora pensional, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en virtud al Decreto 1406 de 1999, motivo por el cual, no es dable aplicar los periodos de cotización y pagados de manera vencida (2003-7, 2003-10 y 2004-3) en la liquidación prestacional.

Finamente, señala que ante la omisión del actor de atender la carga procesal de sustentar los supuestos de hecho y de derecho en los cuales basa sus pedimentos, sus pretensiones estarán destinadas al fracaso (fls. 146 a 149)

Consideraciones.

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

Problema jurídico.

En orden a lo definido en la audiencia inicial, corresponde al Despacho determinar ¿Si los actos administrativos demandados - Resolución Nro. GNR67413 del 10 de marzo de 2015 y la Resolución Nro. VPB51681 del 7 de julio de 2015, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del señor **Sergio Acosta Peña**, se encuentran ajustados o no a derecho, para lo cual deberá examinarse el régimen jurídico aplicable al demandante y si éste tiene derecho a que le sea reajustada la pensión de vejez que percibe, tomando como salario base de liquidación, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo lo cotizado en los periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3 actualizado conforme al I.P.C., de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

Tesis parte demandante

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto está viciado de nulidad por haber infringido las normas en que debió fundarse, pues el actor pese a haber sido beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1994, en concordancia con la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, no le fueron reconocidos todos los periodos cotizados para la liquidación de su IBL, al no incluir los periodos 2003-7, 2003-10, 2004-3, cotizados y pagados a Colpensiones, disminuyendo la base sobre la cual se obtiene la pensión a pagar, agravada por la no liquidación de la mesada pensional reconocida de conformidad con Índice de Precios al Consumidor.

Tesis parte demandada

Los actos administrativos demandados se ajustan a la Ley y a la Constitución Nacional, ora porque, se han realizado de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 los incrementos de conformidad con la variación porcentual de I.P.C. desde 1995 hasta el 2004; ora porque, en virtud del artículo de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1406 de 1999, no le es dable a Colpensiones reconocer los periodos solicitados por la parte actora, como quiera que el régimen de cotizaciones de los trabajadores independientes, no permite tener en cuenta en la liquidación prestacional los periodos de cotización y pagados de manera vencida (2003-7, 2003-10 y 2004-3), como quiera que los mismos deben hacerse de manera anticipada, correspondiéndoles imputar siempre los pagos a mensualidades futuras, procediendo a reconocerse la mesada pensional de vejez más favorable, esto es, el promedio de los 10 ultimo años.

Tesis del Despacho.

Una vez analizados los elementos de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, los cuales son analizados de manera conjunta conforme a las reglas de la sana crítica, se tiene que no es viable acceder a las pretensiones de la demanda, pues probado esta que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de tal suerte que se aplica la edad, tiempo y monto de la pensión conforme a la norma anterior, esto es la Ley 33 de 1985, no siendo admisible, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, la acumulación de tiempos cotizados públicos y privados, pues dicho régimen no contempla tal prerrogativa, máxime cuando, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, el único aspecto que debe regirse por la Ley 100 de 1993 es el I.B.L., y los factores salariales sobre los cuales se puede liquidar la pensión de vejez, únicamente, son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

No es posible la aplicación del IBL con todos los factores salariales devengados en el último año, en aplicación de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en especial la sentencia de unificación emitida el 28 de agosto de 2018.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecucional, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Sergio Acosta Peña** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deprecia la nulidad de las Resoluciones Nro. GNR67413 del 10 de marzo de 2015² y VPB51681 del 7 de julio de 2015³, por cuya ilegalidad aboga y, a consecuencia, de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, solicitando condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" a reajustar y reliquidar la pensión de vejez reconocida, teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo los periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3, actualizando correctamente el I.P.C., de conformidad con los lineamientos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, elevando el monto de la mesada a la suma de \$621.493 efectiva a partir del 15 de diciembre de 2005.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado⁴ ha advertido al respecto:

"Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁵, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁶, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁷, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁸.

² Por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez.

³ Por la cual resolvió el recurso de apelación y reliquidó la pensión de vejez del señor **Sergio Acosta Peña**.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

⁵ GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo", 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁶ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁷ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁸ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁹, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco normativo y jurisprudencial del estado de la cuestión.

La afiliación y la cotización al Sistema General de Pensiones de los trabajadores dependientes e independientes.

Respondiendo a los tres (3) criterios obligacionales impuestos a los Estados parte predicables del derecho a la seguridad social tratados internacionales¹⁰, esto es, respetar, proteger y cumplir y en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se expide la Ley 100 de 1993, orientada a garantizar la protección anticipada de los ciudadanos contra determinadas contingencias que en el desarrollo de su vida laboral y en el desenvolvimiento de la vida misma están expuestos a sufrir, tales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo, las cargas familiares, la invalidez, el fallecimiento de la fuente económica de la familia o la vejez.

función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁹ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

¹⁰ la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagran esta prerrogativa básica. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de mil novecientos sesenta y seis (1966) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador, la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)”

Bajo dichos postulados dicho estatuto implemento un Sistema de Seguridad Social Integral, bajo cuatro (4) componentes¹¹, entre los cuales se encuentra el Sistema General de Pensiones, que tiene por objeto el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones, entre otras.

Dicho sistema está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad. En cada uno de estos, la afiliación junto con la consecuente obligación de realizar aportes o cotizaciones, constituyen la fuente de su financiamiento, así como del reconocimiento y pago de las pensiones y otras prestaciones a que haya lugar y que en especial, frente a la pensión de vejez surge con ocasión del cumplimiento de determinada edad, de la realización efectiva de un monto determinado de cotizaciones y de tiempos de servicio efectuados por el trabajador, que bien puede ostentar la condición de dependiente o independiente.

El derecho a la pensión de vejez y la posibilidad de reconocer aportes extemporáneos realizados por trabajadores independientes para acceder al beneficio pensional.

Con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció en su artículo 15, quiénes son los afiliados al mismo y distinguió dos (2) categorías, estos son:

- (i) **Los trabajadores dependientes**, son aquellos que se encuentran obligados a pertenecer al sistema por estar vinculados mediante contrato de trabajo, como servidores públicos con las excepciones de ley y quienes cumplen con las condiciones para ser beneficiarios de los subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional o,
- (ii) **Los trabajadores independientes**, son que de manera voluntaria eligen pertenecer al régimen pensional y en general todos aquellos que no tengan la condición de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la ley, permitiendo que, dependiendo de las circunstancias en que se encontraran, pudieran decidir si ser partícipes del mismo (con todos los beneficios y cargas que ello implica) o excluirse de él, en razón a que sus condiciones particulares de existencia no les permitía sufragar las obligaciones allí existentes y, adicionalmente, costear los elementos básicos de su subsistencia.

Situación que cambio cuando con la entrada en vigencia del artículo 3º de la Ley 797 de 2003, se equiparo la afiliación del estatus de los trabajadores voluntarios a la de los trabajadores obligatorios, y en ese sentido, ordenó, como deber legal, que todos los trabajadores independientes, mientras ostenten esa condición, entendida esta como el tiempo en el que desarrollan una actividad económica en forma individual, asumiendo el riesgo directo que esta presupone, deben forzosamente cotizar al Sistema General de Pensiones y en consecuencia, realizar sus correspondientes aportes en la proporción, plazos y forma que establece el ordenamiento jurídico.

Si bien en los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993 establece la forma en la que los trabajadores dependientes, sean públicos o privados, deben realizar sus aportes y su pago en caso de que no sean sufragados oportunamente¹², dicha normatividad

¹¹ i) el sistema general de salud; (ii) el sistema general de pensiones; (iii) el sistema general de riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley.

¹² **“ARTÍCULO 22. Obligaciones del Empleador.** 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

omitió prever la manera en que el pago debería ser efectuado, así como las consecuencias jurídicas que su omisión acarrearía, por lo que el Gobierno Nacional a través de los Decretos 692 de 1994¹³ y 1406 de 1999¹⁴, determinó que este tipo de trabajadores debían efectuar las cotizaciones por mes anticipado, so pena de que, ante la imposibilidad expresa de cobrar intereses de mora, fueran reportadas a un periodo posterior a aquel en el cual se efectuó.

Artículo 28 del Decreto 692 de 1994, señaló:

"(...) Sin perjuicio de las demás sanciones que puedan imponerse por la demora en el cumplimiento de la obligación de retención y pago, en aquellos casos en los cuales la entrega de las cotizaciones se efectúe con posterioridad al plazo señalado, el empleador deberá cancelar intereses de mora a la tasa que se encuentre vigente por mora en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. Dichos intereses de mora, deberán ser autoliquidados por el empleador, sin perjuicio de las correcciones o cobros posteriores a que haya lugar.

La liquidación de los intereses de mora se hará por mes o fracción de mes, en forma análoga a como se liquidan los intereses de mora para efectos de impuestos nacionales.

Las sumas canceladas a título de mora serán abonadas en el fondo de reparto correspondiente o en la cuenta de capitalización individual del respectivo afiliado.

Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido (resalto fuera de texto).

Al tenor el artículo 35 del Decreto Reglamentario 1406 de 1999, dispuso:

*"Declaración de novedades y pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. **Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada.** Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente (...)"* (resalto fuera de texto).

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.

ARTÍCULO 23. Sanción Moratoria. *Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.* De lo anterior se advierte que el mismo se realiza mes vencido por intermedio del empleador, quien es el legalmente obligado a descontar de su salario el monto de la cotización y de trasladar dicha suma al correspondiente fondo de pensiones y en caso de pago moroso o extemporáneo del aporte, se generará un interés moratorio a cargo del empleador incumplido, "igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios".

¹³ Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.

¹⁴ "Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones"

Con base en esta normativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁵, autoridad judicial de cierre en esta materia, estudiando los antecedentes que se fundó la norma, concluyó "(...) que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de 'irregulares', habida consideración que siempre se harán para cada período 'en forma anticipada', y como dice la última norma citada, "si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente".

En dicha oportunidad, el Órgano de Cierre Ordinario fijó una postura sobre el *sub examine*, que ha sido reiterativa¹⁶:

"En el caso de los trabajadores independientes, las cotizaciones "se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido", y si no se especificaba el período a aportar se tomaba "como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte", como lo preveía el artículo 20 inciso tercero del Decreto 692 de 1994, texto que si bien lo derogó el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, fue introducido en el artículo 35 del Decreto 1406 del 28 de julio de 1999, que reza: "Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada", además de que las "novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente".

Así, el trabajador independiente se constituye en el interesado directo del aporte de sus cotizaciones al sistema de pensiones, para que en el evento de presentarse la contingencia, la entidad encargada a la que se encuentre afiliado, le conceda las acreencias que le puedan corresponder. Por ello, esos trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte "por períodos mensuales y en forma anticipada", por lo que las "novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente", de donde se colige sin duda alguna, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados, no surten efecto retroactivo.

Por ello, tratándose de trabajadores independientes el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, no consagra sanción moratoria por la no consignación de los aportes dentro de los plazos señalados para ese fin. En efecto, la normativa en cuestión prevé que el pago extemporáneo de los aportes, "generarán un interés moratorio a cargo del empleador", quien conforme al 22 ibidem, es la persona responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, pero se insiste, como tratándose de los afiliados independientes esa responsabilidad del pago de los aportes dentro del plazo señalado para el efecto, se traslada al trabajador afiliado como independiente."

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, sentencia del 18 de agosto de 2010, radicado: 35467, Demandante: Juan Evangelista Salavarieta Álzate, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, referencia: pagos extemporáneos de los aportes al Sistema General de Pensiones por los trabajadores independientes.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, sentencia del 25 de enero de 2017, radicado: 72646, interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Luis Alfredo Ovalle Pérez contra Colpensiones, referencia: interpretación errónea los artículos: 35 y 53 del Decreto 1406 de 1999, en relación con los artículos 2 y 4 de la Ley 797 de 2003; situación está que llevó al colegiado a incurrir en aplicación indebida del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y del 141 de la Ley 100 de 1993».

Posición que ha sido tratada por la Honorable Corte Constitucional¹⁷, señalando que:

"(...) se ha indicado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que si bien el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad para los trabajadores dependientes de que sus empleadores, tras incumplir con la obligación de pago, puedan incurrir en mora y sufragar sus deudas con posterioridad, dicha posibilidad se considera restringida tratándose de los trabajadores independientes, pues se ha previsto una consecuencia jurídica diferente para estos eventos y es que, en el caso de no configurarse en forma efectiva el pago del aporte, es necesario que sea el trabajador independiente, quien en este caso ostenta la condición de directamente interesado y de único responsable de realizar las cotizaciones, el que asuma las "las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional." Lo anterior, sin llegar a admitir que las cotizaciones realizadas en forma extemporánea, por ese solo hecho, puedan calificarse de nulas o sin efectos, en cuanto, por el contrario, habrán de ser contabilizadas, pero con posterioridad al pago".

Maxime cuando, dicha norma fue derogada por el artículo 7 del Decreto Reglamentario 3085 de 2007¹⁸, el cual estableció para los trabajadores independientes el régimen de causación de intereses por el no pago oportuno de los aportes pensionales, así:

"Artículo 7º. Causación de intereses de mora. Los intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente".
(resalto fuera de texto)

Así las cosas, resulta procedente que el trabajador independiente a pesar de no haber realizado el pago de sus aportes en forma oportuna, salde su deuda con el sistema y obtenga, tras la correspondiente cancelación de los intereses y de la actualización monetaria que ello implica, el reconocimiento de los periodos que trabajó, pero omitió sufragar en su debido momento, no obstante, dicha normatividad generó diversas interpretaciones sobre cuál era el momento a partir del cual debía aplicarse dicha norma.

Disyuntiva que fue resuelta en sentencia T-377 de 2015¹⁹ y en la que la Corte Constitucional señaló que la hermenéutica más favorable y retrospectiva de la disposición en estudio permitía concluir que:

- (i) *"Desde que existe la obligación del trabajador independiente de realizar los aportes, esto es, desde el veintinueve (29) de enero de dos mil tres (2003), momento en el que la Ley 797 de 2003 entró en vigencia y equiparó la obligación de los*

¹⁷ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, sentencia del 23 de junio de 2015, Acción de tutela presentada por la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, radicado: T-4.808.412, referencia: trabajador independiente-desarrollo normativo y desarrollo jurisprudencial/trabajador independiente-normatividad actual Decreto 3085 de 2007, argumentación jurisprudencial: acápite 5.1.2.

¹⁸Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007".

¹⁹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, sentencia del 23 de junio de 2015, Acción de tutela presentada por la ciudadana Rosa Elena Orozco de Campillo, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones–, radicado: T-4.808.412, referencia: trabajador independiente-desarrollo normativo y desarrollo jurisprudencial/trabajador independiente-normatividad actual Decreto 3085 de 2007.

- trabajadores dependientes e independientes con respecto al deber de pertenecer al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y*
- (ii) *Ante el incumplimiento de su compromiso, se configura la inobservancia de una obligación legal dada la naturaleza parafiscal de los dineros de los aportes y, por tanto, al materializarse el supuesto de hecho que prevé la norma, esto es, el vencimiento del plazo para efectuar el pago, se constituye la mora y está puede y debe ser cancelada por el afiliado con sus respectivos intereses y cálculo actuarial sin perjuicio de la obligación de las entidades administradoras de fondos de pensiones de proceder a su cobro coactivo."*

Posición que ha venido siendo aplicada y tratada por la Corte Constitucional en la que se ha concluido en Sentencias T-150 de 2017²⁰ y T-501 de 2018²¹, que:

"(...)en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la vinculación y cotización para trabajadores independientes era voluntaria, por tanto, conforme a los Decretos 692 de 1994 y 1406 de 1999, el aporte debía ser anticipado, so pena de que se aplicara a periodos futuros; y, (ii) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la vinculación y cotización para trabajadores independientes es obligatoria, por tanto, conforme al Decreto 3085 de 2007, la cotización sigue siendo mes anticipado, pero el no hacerlo en la oportunidad debida no determina la imputación al mes posterior, sino que permite convalidar el aporte con el pago debido de la sanción por mora". "Ello, claro está, sin perjuicio de las acciones de cobro que pueda adelantar el respectivo fondo de pensiones con la finalidad de recaudar la cartera vencida."

Actualmente, la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), al regular el Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores independientes *-por cuenta propia y con contrato diferente al de prestación de servicios-*, determinó que este grupo de afiliados cotizaría "mes vencido" sobre un IBC mínimo del 40% del valor mensual de sus ingresos, sin incluir el IVA.

"ARTÍCULO 135. Ingreso Base de Cotización (IBC) de los independientes. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda.

Ahora bien, frente a la forma y efectos del pago que se haga de manera extemporánea de los aportes al Sistema General en Pensiones, la Corte

²⁰ Corte Constitucional, Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, sentencia del 7 de marzo de 2017, Acción de tutela presentada por Jaime Campos Jácome en calidad de apoderado judicial de Luis Alfredo Ovalle Pérez contra la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, radicado: T-5813477, referencia: derecho a la seguridad social-régimen legal para determinar la forma en que habrán de realizarse los pagos de cotización para trabajador dependiente y trabajador independiente, trabajador independiente-desarrollo normativo y desarrollo jurisprudencial, trabajador independiente-normatividad actual Decreto 3085 de 2007, derecho a la seguridad social-Interpretación de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007 respecto al pago de aportes al sistema pensional por parte de los trabajadores independientes.

²¹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, sentencia del 19 de noviembre de 2018, Acción de tutela presentada por Jaime Alberto Campos Jácome en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), radicado: T-6.855.684, referencia: derecho a la seguridad social-régimen legal para determinar la forma en que habrán de realizarse los pagos de cotización para trabajador dependiente y trabajador independiente, sistema general de pensiones-clasificación de los afiliados, sistema general de pensiones-forma en la que se efectúan las cotizaciones y consecuencias de su incumplimiento, derecho a la seguridad social-Interpretación de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007 respecto al pago de aportes al sistema pensional por parte de los trabajadores independientes.

Constitucional ha señalado que deben concurrir dos presupuestos a fin de que los mismos sean computados para efectos de reconocimiento de la mesada pensional, así:

"5.7. Ahora bien, la antedicha regla debe precisarse, en el sentido de que la mencionada liquidación habrá de comprender todo lo no pagado, es decir, las sumas correspondientes al período efectivamente no cotizado y no solo una parte de este. Si se pretende no pagar lo correspondiente a algún lapso de dicho período, se deberá acreditar que durante este la persona no realizó o no pudo realizar ninguna actividad productiva. De otra manera, lo que es en realidad el cumplimiento de una obligación de orden legal, podría convertirse en una oportunidad para acceder a la pensión, a partir de la reducción injustificada de la obligación a cargo del cotizante, en desmedro de la sostenibilidad financiera del sistema.

5.8. En el mismo sentido, debe destacarse que, además de pagar todo lo debido, el pago debe hacerse sobre la base del ingreso base de cotización que corresponda a la realidad económica del cotizante independiente en dicho período de tiempo, lo cual debe verificarse por cualquier medio de prueba previsto en la ley. Para este propósito es relevante considerar tanto la base de la cotización como la pensión que se pretende obtener, en la medida en que cualquier variación significativa entre una y otra, debe estar debidamente soportada en medios de prueba" (resalto fuera de texto).

De lo expuesto se concluye que, es procedente tener en cuenta el pago de los aportes pensionales que se ha realizado de manera extemporánea, siempre y cuando los mismos se hayan realizado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, esto es, el 29 de enero de 2003, se haya sufragado las penalidades por la mora y se pague todo lo debido, sobre la base que corresponda a la realidad económica del cotizante independiente en dicho período de tiempo, verificable por medio de prueba y de conformidad con su subreglas.

Maxime cuando de la jurisprudencia analizada se infiere la posibilidad de la aplicación de la teoría del allanamiento a la mora de los trabajadores independientes respecto a las moras efectivamente acreditadas por periodos posteriores al 29 de julio de 2003, en la medida que las herramientas jurídicas de cobro de la ley 100 de 1993 están consagradas tanto para trabajadores dependientes como independientes.

Reliquidación pensional con base en las disposiciones generales anteriores a la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se expidió el régimen de seguridad social integral, estableció un régimen de transición con el fin de modular el tránsito legislativo y su incidencia frente a la expectativa de obtener una pensión de vejez, para quienes venían cobijados por las normas prestacionales anteriores, a su entrada en vigencia.

Así pues, contempló el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

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

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

De suerte que, para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – 1 de abril de 1994 – acreditaran 35 años de edad si son mujeres y 40 años de edad si son hombres, o 15 años de servicios, en virtud del régimen de transición contemplado en dicha disposición legal, continuarían rigiéndose por las disposiciones anteriores, que para el sector público sería la Ley 33 de 1985.

De ese modo, la Ley 33 de 1985, en relación con el reconocimiento de la pensión de jubilación, disponía:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)"

Respecto de los factores salariales que deben servir como base de liquidación para el reconocimiento de la pensión de jubilación, la Ley 62 de 1985, que modificó la Ley 33 de 1985, establecía en su artículo 1º lo siguiente:

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

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

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

En torno a lo cual, el Consejo de Estado de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado Nro. 25000-23-25-000-2006-07509-01, concluyó que a la luz de la Ley 33 de 1985 y 62 del mismo año, para liquidar la pensión de los servidores públicos, **era válido tener en cuenta todos los factores que constituían salario**, es decir, aquellas sumas que percibía el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se le hubiera dado, tales como la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, incremento por antigüedad, quinquenios, entre otros.

No obstante, la Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 mediante la **Sentencia C-258 de 2013**²² determinó que el beneficio que se deriva de pertenecer al régimen de transición consiste en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo, e indicó, que respecto al ingreso base de liquidación (IBL), éste no es un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen:

²² Corte Constitucional, Sala Plena, MP. JORGE IGNACIO PRETELTA CHALJUB, sentencia del 7 de mayo de 2013, radicación: D-9173 y D-9183, Demandantes: Germán Calderón España y Dionisio Enrique Araujo Angulo, referencia: C-258-13, tema: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

*"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.**" (Énfasis fuera de texto).*

A su turno, la Corte Constitucional en **Sentencia SU-230 de 2015**²³ determinó que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera la interpretación de esta disposición, de manera que, y como quiera que los pronunciamientos que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional, bastando tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir; señaló que, en tal sentido, debe atenderse el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 en estricto rigor de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013, en la cual se determinó:

"Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca."

Bajo ese entendido, es del caso concluir que a aquellos servidores públicos beneficiarios de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resultan aplicables las disposiciones del régimen legal anterior, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, elemento este último que debe ser entendido únicamente respecto del porcentaje de la pensión, debido a que **para el ingreso base de liquidación se debe aplicar el inciso 3º del artículo 36 de la ley mencionada inicialmente**, según el caso.

Lo anterior, sin perjuicio de aquellos servidores que fueran beneficiarios de la transición establecida en la Ley 33 de 1985, quienes continuarían rigiéndose en materia de edad por el régimen anterior, esto es, el dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 o la Ley 6 de 1945.

La actual postura del Consejo de Estado en relación con el Ingreso Base de Liquidación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contenida en la sentencia del 28 de agosto de 2008 - Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición.

Es preciso indicar que conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y más reciente del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado

²³ Corte Constitucional, Sala Plena, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Sentencia del 29 de abril de 2015, radicado: T- 3.558.256, Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., referencia: SU-230, régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993-Cambio de jurisprudencia análisis jurisprudencial.

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

52001-23-33-000-2012-00143-01, dicho régimen solo atañe a los requisitos de edad, tiempo, y monto, entendiéndose **excluido** el ingreso base de liquidación, el cual debe seguir las normas del régimen prestacional actual.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-395 de 2017²⁴, en ejercicio del control concreto de constitucionalidad, abordó el estudio de varios casos en los que se discutía sobre el concepto monto, el alcance del régimen de transición y la exclusión del IBL, reiterando lo expuesto en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, así:

"8.17. (...), el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición (...). Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. (...)"

Adicionalmente, en pronunciamiento reciente del Consejo de Estado²⁵, en Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018, la Sala Plena con ponencia del Honorable Consejero César Palomino Cortés, indicó:

"(...) De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

²⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, MP. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, sentencia del 22 de junio de 2017, radicado: T-3.358.903, T-3.358.979, T-3.364.831, T-3.364.917 y T-3.428.879 (Acumulados), Demandantes: Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E. liquidada-, Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-, Carlos Saúl Suárez y Álvaro Córdoba Nieto, Demandados: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsecciones "A" y "B" e Instituto de Seguros Sociales -Hoy Colpensiones-, referencia: SU-395 de 2017, tema: régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación, tema: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

(...)

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. (...)"

De suerte que, conforme al precedente jurisprudencial citado, las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la aplicación ultractiva del régimen pensional anterior al que estaba afiliado, sea este general o especial, solo respecto de los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo, **excepto** el ingreso base de liquidación, pues éste será el determinado por la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, como argumento adicional debe advertirse que la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en el numeral segundo de la parte resolutive, dispuso: "Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva", de tal suerte que a pesar de que esta sentencia de unificación se profirió después de haberse presentado la demanda el 8 de noviembre de 2017, resulta plenamente aplicable a este caso.

Finalmente, el Honorable Consejo de Estado en un caso reciente²⁶ reconoció la acumulación de los tiempos cotizados en el sector público y privado, bajo los

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del 29 de octubre de 2020, Radicado: 19001-23-33-000-2015-00068-01(2185-17), Actor: Rosa Miryam Mosquera Mosquera, Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones, Referencia: reliquidación pensión de jubilación, tema: pensión de jubilación /

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

presupuestos pretendidos del Acuerdo 049 de 1990, advirtiendo que para poder computar "(...) no solo el tiempo cotizado exclusivamente al ISS, sino también los tiempos en otras cajas de previsión, (...) debe remitirse a la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018 que fijó las reglas y subreglas respecto del ingreso base de liquidación para computar la pensión de jubilación de quienes sean beneficiarios del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, pero que también son aplicables a quienes se benefician de la Ley 71 de 1988 o al Acuerdo 049 de 1990. Se reitera que la aplicación de tales reglas jurisprudenciales se restringe a quienes fueron cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y es frente a ellos que la providencia de unificación en cita constituye un precedente vinculante y obligatorio."

La pensión de vejez y/o jubilación por acumulación de aportes.

En el régimen de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional a más de ser diferente para los trabajadores del sector privado y los servidores públicos, no podían sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral para efectos pensionales. Situación que fue resuelta por el Legislador al expedir la Ley 71 de 1988.

En este orden, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial²⁷.

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: «Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes». Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que «su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o

reliquidación de la pensión de jubilación / régimen de transición / acumulación de tiempos con otros fondos de previsión / cómputo de tiempos públicos y privados.

“Para el efecto, esta Subsección en sentencia del 23 de abril de 2020, indicó expresamente que: “[...] Respecto a la aplicación de este régimen pensional para el reconocimiento de la pensión de vejez, tanto la Corte Constitucional como esta Sección se han pronunciado sobre la posibilidad de acumular tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión social o que, en todo caso, fueron laborados en el sector público o privado y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, indicando que dicha posibilidad opera tanto para acreditar las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad como las 1000 semanas de tiempo cotizadas en cualquier tiempo y (b) que las solicitudes de reconocimiento pensional que se realicen con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 deben resolverse computando los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado.

Lo anterior significa, en síntesis, que las solicitudes de reconocimiento pensional que se fundamenten en el Acuerdo 049 de 1990 deben tener en cuenta: **i) que se deben computar los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado; y ii) los periodos cotizados a otras cajas de previsión serán sumados para efectos de la causación del derecho y del monto o tasa de reemplazo.**” (resalto por fuera de texto)

²⁷ Corte Constitucional, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA, Sentencia del 4 de noviembre de 1998, radicado: D-2048, referencia: C-623-98, Actor: José Rafael Cañón Alfonso, tema: Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 7o. (parcial) de la Ley 71 de 1988.

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”

varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad».

En suma, «en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión»²⁸.

La pensión por acumulación de aportes y la expedición de la Ley 100 de 1993.

En desarrollo del modelo de seguridad social establecido en la Carta Política de 1991, fue expedida la Ley 100 de 1993, que crea el denominado “sistema de seguridad social integral”.

En la regulación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo que había dispuesto la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado. En efecto, la Ley 100 creó dos regímenes pensionales de libre elección por parte de los afiliados –el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual- y respecto de ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo servido o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público.

En este orden, en el *régimen de prima media* los requisitos de edad y tiempo de cotización para la pensión de vejez fueron establecidos en el artículo 33, y la misma norma señaló en parágrafo que “para efecto del cómputo de las semanas” se debe tener en cuenta, entre otros, lo cotizado en cualquiera de los dos regímenes (lo cual comprende, entre otros, lo cotizado al Seguro Social o a cajas de previsión), el tiempo laborado como servidor público (así no se hubiera cotizado), así como el tiempo servido a empleadores privados que pagaban directamente pensiones.

De otra parte, en el *régimen de ahorro individual*, la pensión de vejez se causa sin requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en el capital acumulado en cuenta de ahorro pensional. La referida cuenta se nutre de cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos financieros y el bono pensional. Con respecto a este último, la legislación dispone que el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual se causa por tiempo servido a entidades públicas, como también por el tiempo cotizado tanto al Seguro Social como a cualquier caja de previsión (Ley 100 de 1993, art. 118; D. L. 1299 de 1994, art. 2º).

De lo anterior, se extrae que, en principio la única pensión que permite la acumulación de tiempos de servicios públicos y privados, en el marco del régimen de transición, es la contenida en la Ley 71 de 1988²⁹, no obstante, en reciente

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, concepto del 9 de marzo de 2006, referencia: 1718.

²⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado esta corporación en múltiples sentencias, entre otras, en las recientes providencias del 19 de febrero de 2016, radicado 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13), del 27 de abril de 2016, radicado 25000-23-25-000-2011-00088-01(1218-13) del 9 de febrero de 2017, radicado 25000-23-42-000-2013-02240-01(0490-2014) de la Sección Segunda, Subsección “A”.

jurisprudencia, el Honorable Consejo de Estado³⁰ reconoció la acumulación de los tiempos cotizados en dichos sectores, también, para aquellos que expresamente pretendan la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, advirtiendo que para poder computar "(...) *no solo el tiempo cotizado exclusivamente al ISS, sino también los tiempos en otras cajas de previsión, (...) debe remitirse a la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018 que fijó las reglas y subreglas respecto del ingreso base de liquidación para computar la pensión de jubilación de quienes sean beneficiarios del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, pero que también son aplicables a quienes se beneficien de la Ley 71 de 1988 o al Acuerdo 049 de 1990.*

Se reitera que la aplicación de tales reglas jurisprudenciales se restringe a quienes fueron cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y es frente a ellos que la providencia de unificación en cita constituye un precedente vinculante y obligatorio.

En conclusión: los beneficiarios del régimen de transición que pretendan la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 tienen derecho a que se les computen los tiempos cotizados a otras cajas de previsión, además de los periodos al ISS" (resalto fuera de texto).

Hechos probados.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Certificación laboral expedida el 9 de mayo de 2014 por la Directora de Gestión Documental y Apoyo Logístico del Departamento del Tolima. en la que se advierte que el señor **Sergio Acosta Peña**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 14.211.164, prestó sus servicios como empleado público del Departamento del Tolima en el periodo comprendido del 14 de febrero de 1979 al 10 de julio de 2001 como conductor (fl. 37).
- Certificación expedida el 26 de diciembre de 2002 por el Director de Talento Humano en la que consta que el señor **Sergio Acosta Peña** prestó sus servicios desde el 14 de febrero de 1979 hasta el 10 de julio de 2001 en el cargo de conductor, código 620, grado de asignación 8, adscrito a la planta global de empleos de la administración central departamental con los factores salariales, asignación básica mensual \$ 719.745, prima de servicios \$469.463, prima de navidad \$838.686, prima de vacaciones \$467.800 y bonificación \$1.323.670 (fl.38).
- Formato de información laboral formato uno expedido por la Gobernación del Tolima Nro. 721 del 9 de mayo de 2014, en la que se advierte que el señor **Sergio Acosta Peña** laboró en el departamento del Tolima desde el 14 de

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del 29 de octubre de 2020, Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00068-01(2185-17), Actor: Rosa Miryam Mosquera Mosquera, Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones, Referencia: reliquidación pensión de jubilación, tema: pensión de jubilación / reliquidación de la pensión de jubilación / régimen de transición / acumulación de tiempos con otros fondos de previsión / cómputo de tiempos públicos y privados.

"Para el efecto, esta Subsección en sentencia del 23 de abril de 2020, indicó expresamente que:

"[...] Respecto a la aplicación de este régimen pensional para el reconocimiento de la pensión de vejez, tanto la Corte Constitucional como esta Sección se han pronunciado sobre la posibilidad de acumular tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión social o que, en todo caso, fueron laborados en el sector público o privado y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, indicando que dicha posibilidad opera tanto para acreditar las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad como las 1000 semanas de tiempo cotizadas en cualquier tiempo y (b) que las solicitudes de reconocimiento pensional que se realicen con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 deben resolverse computando los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado.

Lo anterior significa, en síntesis, que las solicitudes de reconocimiento pensional que se fundamenten en el Acuerdo 049 de 1990 deben tener en cuenta: **i) que se deben computar los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado; y ii) los periodos cotizados a otras cajas de previsión serán sumados para efectos de la causación del derecho y del monto o tasa de reemplazo.**" (resalto por fuera de texto)

febrero de 1979 al 10 de julio de 2001 en la Secretaría de Hacienda en el cargo de conductor sin ninguna interrupción cotizando a pensión desde la fecha de ingreso hasta 1995 en la caja de previsión social del Tolima (fl. 39).

- Formato certificado de salario base para calcular bonos pensionales a las personas incorporadas del Sistema General de Pensiones Nro. 722 del 9 de mayo de 2014 expedida por la Gobernación del Tolima (fl. 40).
- Formato certificación de salarios mes a mes expedido por la gobernación del Tolima para liquidar pensión del régimen de prima media Nro. 723 del 9 de mayo de 2014, cotizó a la Caja de Previsión Social del Tolima desde el 14 de febrero de 1979 al 30 de junio de 1995; a partir del 1 de julio de 1995 cotizó al Instituto de los Seguros Sociales (fls. 39 a 45).
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones desde enero de 1967 a febrero de 2018 del señor **Sergio Acosta Peña** en el que se advierte que en los periodos 2004-3, 2003-10 y 2003-7 se realizó pago vencido como trabajador independiente (fls. 46 a 48).
- Planilla de pago de Seguridad Social integral periodo de cotización 2003-7 del señor **Sergio Acosta Peña** con sello de pago del Banco de Occidente el día 11 de agosto de 2003, ingreso base de cotización \$720.000, liquidación de aportes a pensión \$97.200 e interés de mora \$3.900, pago total al I.S.S. \$ 101.100 (fl. 49).
- Planilla de pago de Seguridad Social integral periodo de cotización 2003-10 del señor **Sergio Acosta Peña** sello de pago del banco de occidente del día 10 de noviembre de 2003, ingreso base de cotización \$720.000, liquidación de aportes a pensión \$97.200 e intereses por mora \$3.900 para un valor total de pago al I.S.S. de \$101.100 pesos (fl. 30).
- Planilla de pago de Seguridad Social integral periodo de cotización 2004-3 sello de pago ilegible, ingreso base de cotización \$720.000, liquidación del aporte a pensión \$97.200 e interés de mora \$3.900 para un valor total pagado al I.S.S. de \$101.100 (fl.51).
- El Instituto de Seguro Sociales "I.S.S." mediante Resolución Nro. 7270 del 28 de septiembre de 2006, reconoció la pensión de vejez al señor **Sergio Acosta Peña** consagrada en la Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 15 de diciembre de 2005 por estar retirado fuera del servicio, haber alcanzado 1.146 semanas cotizadas, laborado al servicio del Departamento del Tolima desde el 14 de febrero de 1979 hasta el 30 de junio de 1995 y tener 55 años de edad, le fue liquidado un I.B.L. de \$703.931 al que le correspondió un monto del 75% conforme al inciso 3º del referido Artículo 36, sobre lo devengado o cotizado, reconociéndosele una mesada mensual de \$527.948 (fls. 22 a 23).
- Mediante Resolución Nro. 9158 del 24 de septiembre de 2007, el I.S.S. confirmó la Resolución Nro. 7270 del 28 de septiembre de 2006, al considerar que la liquidación esta conforme a la norma, más aún, cuando los salarios que sirvieron de base para la liquidación de dicha prestación, son los mismos registrados en las certificaciones laborales aportadas, no existiendo merito para variación alguna (fls. 24 a 25).
- Resolución Nro. 000645 del 29 de mayo de 2009, el I.S.S. que resuelve el recurso de apelación, confirmando la Resolución Nro. 7270 del 28 de septiembre de 2006, al considerar que la pensión del señor **Sergio Acosta Peña** no puede ser liquidada con 1.774 semanas en virtud del principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma (fls. 26 a 27).
- Derecho de petición de solicitud de reliquidación de la pensión reconocida del señor **Sergio Acosta Peña** con sello de radicación Nro. Colpensiones 2014-8647694 del 15 de octubre de 2014, al considerar que se dejó de incluir lo cotizado en los periodos 2003-7, 2003-10 y 2004-3, además no se actualizó correctamente lo cotizado con el IPC (fls. 52 a 54).

- Resolución Nro. GNR67413 del 10 de marzo de 2015, Colpensiones niega la reliquidación pensional solicitada por el señor **Sergio Acosta Peña** el día 15 de octubre de 2014, por ostentar una mesada reconocida con la Ley 33 de 1985, un I.B.L. bajo los preceptos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, bajo el principio de favorabilidad (fls. 29 a 31).
- Recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor **Sergio Acosta Peña** con radicación Nro. Colpensiones 2015_2681446 del 15 de marzo de 2015 (fl. 55).
- Resolución Nro. VPB 51681 del 7 de julio de 2015, por la cual se resuelve un recurso de apelación y confirma la Resolución GNR67413 del 10 de marzo de 2015, al considerar que el régimen aplicable más favorable al afiliado era el artículo primero de la ley 33 de 1985 y el liquidar al accionado con otra norma, esto es, con la ley 797 de 2003, debería devolver las mesadas canceladas, como quiera que la edad para pensionarse bajo dicha ley es de 60 años (fls. 34 a 37).

Caso concreto.

Bajo las anteriores premisas fácticas y jurídicas, se tiene que la parte actora pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nros. GNR 67413 del 10 de marzo de 2015 y VPB51681 del 7 de julio de 2015, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de vejez reconocida, tomando como salario base de liquidación el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, incluyendo lo cotizado en el periodo 2003-7, 2003-10 y 2004-3, actualizando correctamente el I.P.C., de acuerdo al artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Descendiendo en el caso en concreto, y estando claro que no hay discusión sobre el derecho pensional del actor, ni habiendo controversia de que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con la liquidación de los últimos 10 años, el Despacho advierte que lo pretendido por el señor **Sergio Acosta Peña** es *i.)* la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida con ocasión a su labor como funcionario público, incluyendo el promedio de todo lo devengado en los últimos 10 años, en especial, los periodos cotizados al Sistema General de Pensiones - sector privado, en su calidad de trabajador independiente y aquellos dejados de tener en cuenta por Colpensiones ante la extemporaneidad en el pago del aporte pensional, estos es, los periodos 2003-7, 2003-10, 2004-10, *iii.)* así como, la liquidación correcta del I.B.L. con que se reconoció la mesada.

Así las cosas, se advierte del acápite normativo y jurisprudencial, que para descender al análisis de los demás cargos, se debe establecer como primera medida, si en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, resulta procedente la acumulación de tiempos públicos y privados cotizados a Colpensiones, por lo que el Despacho analizará el material probatorio arrojado al proceso:

De conformidad con las certificaciones expedidas el 26 de diciembre de 2002 por el Director de Talento Humano de la Secretaría Administrativa y el 9 de mayo de 2014 por la Directora de Gestión Documental y Apoyo Logístico de la Gobernación del Tolima (fls. 37 y 38), el demandante laboró como empleado público en el Departamento del Tolima desde el 14 de febrero de 1979 al 10 de julio de 2001, por lo que es dable concluir que prestó sus servicios al sector público por más de 22 años, **alcanzando los 20 años de servicio el 14 de febrero de 1999.**

Advertida la desvinculación como funcionario público en el cargo de "Conductor, Código 620 Grado de Asignación 08, adscrito a la Planta Global de Empleos de la Administración Central Departamental" del Tolima, se evidencia con los certificados laborales (Formato 1), de salarios mes a mes (Formato 3B) y de semanas cotizadas expedidos por la Gobernación del Tolima el 5 de febrero de 2018 y Colpensiones el 9 de mayo de 2014 (fls. 39 a 48 y cd. 81), que el señor **Sergio Acosta Peña** continuo cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como trabajador independiente, desde el mes siguiente a su desvinculación, esto es, desde agosto del 2001 a marzo de 2004, pues, de acuerdo con el registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía (fl. 81 cd.), el demandante nació el 15 de diciembre de 1950, por lo que al 1º de abril de 1994 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993- tenía más de 35 años de edad³¹, **alcanzando los 55 años de edad el 15 de diciembre de 2005.**

De lo anterior, se puede concluir que el señor **Sergio Acosta Peña** se pensionó con la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y en tales condiciones, consolidó el estatus pensional **el 15 de diciembre de 2005 cuando alcanzó el requisito de la edad**, fecha para la cual no se encontraba vinculado laboralmente y por ende sería la de su goce.

En consecuencia, mediante Resolución Nro. 7270 del 28 de septiembre de 2006, visible de folios 22 y 23, el Instituto de Seguros Sociales "I.S.S." hoy Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, según lo dispuesto en la el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, en favor del libelista por un monto de \$527.948, la cual fue sufragada a partir del 15 de diciembre de 2005, por cuanto se itera, cumplió la edad mínima para su reconocimiento y se encontraba retirado del servicio.

Para ello, tuvo en cuenta únicamente los tiempos de cotización al extinto I.S.S. (hoy Colpensiones) por el tiempo laborado como servidor público, pues según se evidencia en el acto administrativo acusado, el señor **Sergio Acosta Peña** cotizó:

- En la Gobernación del Tolima desde el 14 de febrero de 1979 al 30 de junio de 1995 para un total de 5.897 días.
- Que, según el certificado de semanas y salarios emitidos por la Gerencia Nacional de Historia Laboral, cotizó para el Sistema General en Pensiones lo equivalente a 2.130 días.
- Por lo que el tiempo laborado a entidades del Estado y al I.S.S., asciende a 8.027 días, lo que equivale a un total de 1.146 semanas.

Decisión que hasta la fecha se ha mantenido incólume, si se tiene en cuenta que mediante los actos administrativos Nros. 9158 del 24 de septiembre de 2007 y 645 del 29 de mayo de 2009, el Instituto de Seguros Sociales "I.S.S." confirmó la resolución mediante la cual se reconoció la mesada pensional de vejez, como quiera que, la liquidación efectuada para el reconocimiento de la pensión se realizó de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los 10 últimos años actualizado con el I.P.C., obteniéndose un I.B.L. igual a \$703.931 que una vez aplicando el monto porcentual del 75% arroja un valor de pensión de \$527.948, no existiendo mérito para variar dicha liquidación, máxime cuando los salarios que sirvieron de base para la liquidación de dicha prestación son los mismos que figuran registrados en la certificación laboral del expediente administrativo y en virtud del principio de inescindibilidad, la norma más favorable para el trabajador no se puede aplicar parcialmente o escindir.

³¹ 43 años, 3 meses, y 14 días.

Posteriormente y con ocasión a la negación de la reliquidación de la mesada pensional mediante la Resolución Nro. GNR67413 del 10 de marzo de 2015, Colpensiones confirma³² dicha decisión, al considerar que pese a que el señor **Sergio Acosta Peña acreditaba un total del 1.728 semanas cotizadas, los requisitos avalados por el libelista lo hicieron beneficiario de la Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la edad (55 años), tiempo de servicios (20 años) y monto (75%), excluyendo** el ingreso base de liquidación, el cual debía regirse por el régimen pensional contenido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, como quiera que al efectuarse una nueva liquidación de la prestación reconocida con las normas aplicables al caso bajo estudio, esto es, Ley 71 de 1988, Ley 797 2003 y Ley 33 de 1985, se concluyó que pese a que le era más favorable, en principio, la Ley 797 de 2003 por tener al momento del análisis 64 años; al habersele reconocido la pensión con la Ley 33 de 1985, esto es, a los 55 años de edad, debía devolver las mesadas pensionales canceladas con anterioridad al cumplimiento de los 60 años³³, por lo que Colpensiones determinó finalmente, que la misma no favorecía los intereses del demandante y en consecuencia, ratificó que el régimen que si lo hacía era el reconocido mediante la Resolución 7270 de 2006 y el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, pues del cálculo realizado, descartó el promedio de toda la vida laboral.

En torno a solucionar el primero de los cargos, advierte el Despacho que el Honorable Consejo de Estado ha establecido, frente a aquellos casos en los que beneficiarios del régimen de transición pretenden computar los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado para efectos de reconocimiento y/o reliquidación de la pensión de vejez "*(...) que la norma que creó y reguló esa posibilidad de acumular los aportes en los dos sectores laborales aludidos no es otra diferente a la Ley 71 de 1988 tal como se analizó ut supra*"³⁴.

Al tenor, señaló:

"En el régimen de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral.

Para solucionar esta situación el Congreso expidió la Ley 71 de 1988, la cual, en su artículo 7 de la Ley 71 de 1988 consagró la denominada «pensión de jubilación por acumulación de aportes» también conocida como «pensión de jubilación por aportes», es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

(...)

Se puede apreciar que la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la

³² A través de las Resolución Nro. VPB51681 del 7 de julio de 2015.

³³ Requisito de edad para pensionarse bajo el régimen contemplado en la Ley 797 de 2003.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 09 de febrero de 2017, radicado 25000-23-42-000-2013-02240-01(0490-2014), Actor: Jaime Díaz Correa, Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, referencia: pensión por aportes, acumulación de tiempos cotizados sector público y privado, argumento: acápites 2 y 3 de la parte considerativa.

aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable³⁵.

Dentro del marco del régimen de transición, es posible para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo cotizado como servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional."

Así las cosas, será admisible la acumulación de tiempos de servicio, con ocasión de Ley 71 de 1988, ello por cuanto es la única disposición dentro de la normatividad aplicable al régimen de transición que el legislador creó para tal fin, no existiendo dicho aparte en el reglamento del régimen pensional de la Ley 33 de 1985, por lo que las personas que se encuentran pensionadas bajo este régimen, no les es dable acumular tiempos de servicio públicos y privados.

En consecuencia, si bien en el *sub lite* no se discute que el accionante sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1994, el cual le faculta para acudir a los regímenes anteriores que lo cobijan, si se advierte que solamente le es permitido aplicar uno solo en su integridad, el más favorable; pues de la intelección que de vieja data se ha adoptado frente al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se deriva que aunque se ha precisado que en aquellos eventos en los cuales la persona tenga la posibilidad de pensionarse bajo varios regímenes normativos, se debe adoptar aquel que le sea más beneficioso, pues dicho razonamiento no puede vulnerar el principio de inescindibilidad de las normas, por lo que, el régimen normativo que finalmente se adopte para definir la situación pensional deberá aplicarse en su integridad, en lo que tiene que ver con los aspectos que cobija el régimen de transición, esto es, edad, tiempo de servicio y monto de pensión.

Posición que fue reiterada recientemente con las reglas y subreglas fijadas en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso con radicado número 52001-23-33-000-2012-00143-01(II), que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales³⁶, que se aplica con efectos retrospectivos "[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que

³⁵ Ibidem.

³⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones -constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]".

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

Es así como, el señor **Sergio Acosta Peña** al contar con tiempos públicos laborados y con semanas cotizadas al I.S.S. y/o Colpensiones, se le podían aplicar los siguientes regímenes: la Ley 797 de 2003 tomando el periodo cotizado en cualquier tiempo incrementando a partir del 1 de enero de 2005 en 50 semanas y que para el caso que nos ocupa, 1.050 semanas y 60 años; la Ley 33 de 1985, tomando únicamente el tiempo como servidor público; y la Ley 71 de 1988 que contempla la pensión por aportes, es decir sumando tiempos laborados y cotizados por el I.S.S.

No obstante, bajo los supuestos facticos mencionados, se colige que el demandante no podía pensionarse integralmente con la Ley 797 de 2003 o la Ley 71 de 1988, pues debía seguir cotizando hasta que contará con 60 años para cumplir con el requisito de la edad, de lo contrario, debía devolver las mesadas pensionales canceladas con anterioridad al cumplimiento de los 60 años, al haberse pensionado con el régimen establecido de la Ley 33 de 1985, esto es, a los 55 años, el señor **Sergio Acosta Peña**, lo cual no le era favorable a sus intereses, de manera que, sin duda la única posibilidad que tenía para acogerse a una normatividad diferente, era la Ley 33 de 1985.

Pues se precisa que con los 55 años de edad y las más de 1.100 semanas con las que el accionante alcanzo su derecho, fueron satisfechos, no solo la sumatoria de tiempos laborados en el sector público, sino los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al momento en que se solicitó el reconocimiento, esto es, la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento pensional, no siendo posible efectuar la contabilización de los tiempos privados con los públicos, ello por cuanto en ningún aparte de la reglamentación en cita se contempla dicha alternativa, máxime cuando fue la edad la que determinó el reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, la reliquidación de la prestación pensional con dos regímenes normativos no está llamada a prosperar, por cuanto la pensión de vejez que disfruta el señor **Sergio Acosta Peña** fue concedida bajo la normatividad que en su caso particular le era más beneficiosa y le arrojaba un mayor valor en la mesada pensional, debido a que si bien el actor estaba cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le permitía acudir a las normativas anteriores para definir su derecho, ninguna de estas mejoraba las condiciones iniciales de las que se le había otorgado su prestación pensional de vejez, máxime si se tiene en cuenta que, la normatividad aplicable no le permitía la contabilización de los tiempos de cotización públicos y privados, por lo que el Despacho, al no haberse logrado desvirtuar la legalidad de los actos demandados, procederá a denegar las pretensiones de la demandada.

Ello por cuanto, - se reitera- no es posible acumular los tiempos públicos con las semanas cotizadas al I.S.S. a partir del mes de agosto de 2001 hasta el mes de marzo de 2004, tampoco lo es, determinar si los periodos 2003-7, 2003-10, 2004-10 deben ser tenidos en cuenta, *ora porque*, el régimen pensional con que se reconoció la mesada pensional del señor **Sergio Acosta Peña** no lo permite y/o lo autoriza, *ora porque*, de las pruebas allegadas no se advierte que la cotización realizada en estos periodos este directamente relacionada con una actividad productiva, tal y como se establece en la normatividad y la jurisprudencia que regula el caso y se encuentra en el acápite respectivo de esta providencia.

1ª Instancia - Sentencia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sergio Acosta Peña
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

Si en gracia de discusión, se aceptaré la inclusión de los periodos pagados de manera extemporánea, igual suerte correría la pretensión, pues de acuerdo con el precedente, el pago retroactivo que la Corte permite respecto a trabajadores independientes, parte del hecho probado de una real y efectiva constatación de calidad de trabajador independiente, entendiéndolo como la realización efectiva de una actividad que generó ingresos, o en su defecto una declaración expresa de mora patronal en su historia que constituyó un allanamiento a la mora, cosa que aquí no sucedió.

Lo anterior, toda vez que no aparece probado, pues en ninguna parte del plenario el demandante justifica que actividad independiente le generó ingresos y no obstante no cotizó, estando obligado a hacerlo. Por el contrario, lo que demuestra de las pruebas allegadas es que el demandante, tal y como expuso en sus hechos, laboraba como conductor, y su certificado laboral demuestra que en los tiempos que solicita la imputación, no devengaba salario pues corresponde a los periodos de tiempos posteriores al cumplimiento del requisito del tiempo de servicio público y a su desvinculación del mismo. Lo anterior implica que probatoriamente ha quedado demostrado que, salvo por el periodo labrado en el Departamento del Tolima, en los periodos de tiempo que solicita se le impute el pago del periodo como trabajador independiente, no ostentó tal la calidad, o al menos, no viene probado.

Ahora bien, es de advertir al demandante que no es procedente la reliquidación de la pensión de vejez con el promedio **de todo lo devengado** en los últimos 10 años de servicios, ni con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en tal período como lo deprecó la parte demandante, porque según la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, el IBL aplicable se computa con el promedio de los salarios o rentas **sobre los cuales cotizó** el causante durante los diez (10) años anteriores al disfrute efectivo de la pensión; con la inclusión, únicamente, de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994³⁷.

Lo anterior permite colegir que si bien es cierto, en líneas jurisprudenciales anteriores, resultaba procedente la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados dentro del último año de servicios, no deja de ser menos cierto que, en lo sucesivo, debe aplicarse la nueva postura señalada en la Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial, en virtud del carácter obligatorio establecido en el numeral 2º de la parte resolutoria de la sentencia de unificación en cita.

Lo anterior, debido a que **"A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los**

³⁷ "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;"

factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. (...)**

Finalmente y teniendo en cuenta que no son procedentes los periodos cotizados al sector privado dentro del interregno del 2001 al 2004, así hayan sido cancelados de manera extemporánea, el Despacho negará también la solicitud de actualización del salario base de cotización con que se liquidó la mesada pensional de vejez, pues del análisis del acto administrativo de reconocimiento pensional se denota la aplicación de lo devengado o cotizado en los últimos 10 años y el parámetro de liquidación contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su inciso 3, por lo que no se advierte error alguno.

Lo anterior, ora porque, contempla periodos improcedentes, ora porque, en gracia de discusión, la liquidación allegada con la demanda, sin tener un criterio unificado, aplica para una misma prestación, simultáneamente, el índice de variación porcentual del I.P.C. para periodos anuales y para periodos mensuales emplea el índice de series de empalme del I.P.C., a fin de actualizar el IBL al que le aplica la tasa de remplazo y así determinar la primera mesada pensional, que aduce el demandante debe ascender a 621.493 pesos³⁸.

Así las cosas y al no lograrse desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, el Despacho procederá a declarar probada la excepción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" que denominó: **i. inexistencia de la obligación.**

Condena en costas.

En atención a lo ordenado por el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A. y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del C.G. del P. aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A., y el contenido del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por haber resultado vencida dentro del presente asunto, se condenará en costas a la **parte demandante.**

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o

³⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado sustanciador: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, sentencia de unificación del 17 de noviembre de 2016, radicado: T- 5.307.724 - SU637-16, Acción de tutela interpuesta por Jesús María Vargas Reyes contra el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Laboral, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., tema: indexación de la primera mesada pensional-fórmula de cálculo y sus parámetros.

queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, " ... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado".

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

"1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
 - b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."

En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y a cargo de la demandante, la suma de \$200.000 pesos, equivalente al 4% de lo solicitado, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" que denominó **i. inexistencia de la obligación**, conforme se expuso en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor **Sergio Acosta Peña** contra la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho a favor de la parte demandada, y a cargo de la parte demandante la suma de \$200.000 pesos. Por secretaría liquídese.

1ª Instancia - Sentencia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00003-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Sergio Acosta Peña

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones"

CUARTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

QUINTO: En firme la presente decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³⁹
EL JUEZ,


José David Murillo Garcés.

³⁹ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.