



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN «B»

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortegón Ortegón

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado : 25000-23-42-000-2014-03871-00
Demandante : Edilberto Berrocal Araujo
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)
Tema : Reliquidación pensión de jubilación de funcionario de la Procuraduría
General de la Nación, Decreto 546 de 1971
Actuación : Sentencia

Procede la Sala a dictar sentencia que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia, conforme al mandato de la Ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

El medio de control

El señor Edilberto Berrocal Araujo por conducto de apoderado judicial y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), acude ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones GNR 216572 de 27 de agosto de 2013 y GNR 121338 de 8 de abril de 2014, proferidas por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), así como la anulación del acto ficto o presunto producto de la falta de respuesta al recurso de apelación presentado contra la Resolución GNR 216572 de 27 de agosto de 2013, a través de los cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos de los artículos 6º del Decreto 546 de 1971, 11 del Decreto 542 de 1977 y el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho pidió se ordene a la entidad demandada a i) reliquidar «...la pensión de vejez...a que tiene derecho a cargo de COLPENSIONES, en cuantía equivalente al 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio, comprendido entre el 25 agosto de 2011 y el 26 de agosto de 2012, en la Procuraduría General

de la Nación y sin límite de cuantía... a partir del día siguiente al 26 de agosto de 2012...»; ii) reconocer «...el reajuste pensional a que tiene derecho equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio por haber sido reintegrado y haber trabajado durante más de dos (2) años a un cargo del Ministerio Público... a partir del 26 de Agosto de 2012»; iii) actualizar «...la condena de que trata la pretensión anterior...tomando como base el índice de Precios al Consumidor...» y iv) sufragar los intereses moratorios a los que haya lugar y condenar en costas a la entidad demandada.

Fundamentos Fácticos

Como soporte del presente medio de control, señaló los siguientes hechos:

Que «...ha servido durante más de veinte (20) años en el servicio oficial, de los cuales más de 12 años lo fueron a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público así: Personería de Bogotá: 17 de agosto 1976 al 20 de mayo de 1978. 1 año 9 meses 3 días 633 días Fiscalía General de la Nación: 1 de junio 1995 al 17 de agosto de 1998, 3 años 4 meses 17 días 1.217 días, Procuraduría General de la Nación: 2 de abril 2001 al 7 de octubre de 2005, 4 años 6 meses 6 días 1625 días, Procuraduría General de la Nación: 1 de marzo 2010 al 25 de agosto de 2012».

Señala que el entonces Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de jubilación «...mediante Resolución No. 033090 del 24 de agosto de 2006...a partir del 8 de octubre de 2005, teniendo en cuenta que su situación lo hacía acreedor del régimen de transición previsto en artículo 36 de la ley 100 de 1993».

Afirma que «...se reincorporó al servicio público como funcionario del Ministerio Público en el cargo de Procurador 147 Judicial II Administrativo, de la Procuraduría General de la Nación, cargo que desempeñó entre el 1 de marzo de 2010 y el 25 de agosto de 2012, del cual fue retirado por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, de conformidad con el decreto N° 1166 del 13 de abril de 2012 expedido por el Procurador General de la Nación» (sic).

Reitera que trabajó por más de veinte años en el servicio oficial «...de los cuales los últimos tres (3) años lo fueron en el Ministerio Público (del 7 de Abril al 7 de octubre de 2005 y del 1 de Marzo de 2010 al 25 de Agosto de 2012)...».

Dice que «...elevó ante la demandada petición de reajuste o reliquidación de la prestación económica, negándola a través de la Resolución No., 216572 del 27 de agosto de 2013, bajo el entendido que el régimen consagrado en el art. 6 del Decreto 546 de 1971 no es aplicable a los funcionarios de las Personerías Municipales y Distritales, aduciendo que los tiempos cotizados con la Personería Distrital de Bogotá, no se tuvieron en cuenta para la aplicación del Decreto 546 de 1971, por no pertenecer a la estructura jerárquica ni orgánica de la Procuraduría General de la Nación y trae a colación la Circular 04 del 23 de julio de 2013, aplicándola a situaciones jurídicas acaecidas y concretadas mucho antes, no solo de ésta sino de la misma constitución política que rige desde 1991...».

Manifiesta que «Dentro del término otorgado en el acto de notificación personal celebrado el 27 de septiembre de 2013, se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la referida resolución».

Precisa que «Mediante la Resolución No GNR-121338 del 8 de abril de 2014, la entidad demandada confirmó la negativa al reconocimiento, bajo los mismos argumentos y no obstante haberse interpuesto, en subsidio la apelación...[a] la fecha se [ha] resuelto...».

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto

Dentro del escrito demandatorio, cita el accionante como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 48, 53, 150, 118 y 249 de la Constitución Política; 6º del Decreto 546 de 1971, 11 del Decreto 542 de 1977; 6º del Decreto 717 de 1978; 12 de la Ley 4ª de 1992; 11 y 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1421 de 1993.

Dice que «...para el momento en que...se desempeñó laboralmente en la Personería Distrital...[esta] hacía parte del Ministerio Público, según las voces de los artículos 232 y 234 de la Ley 4 de 1913 (Código de Régimen político y Municipal)».

Considera que «En cuanto al argumento de Colpensiones de no tener en cuenta el tiempo laborado en la FISCALIA GENERAL DE LA NACION porque se le tuvo en cuenta el momento de reconocérsele la pensión de vejez, mediante resolución 33090 del 24 de Agosto de 2006, tampoco es de recibo porque no se tuvieron en cuenta para la reliquidación de la pensión de vejez, los artículos 6 y 8 del decreto 546 de 1971...» (sic).

Precisa que «No es ajustado a derecho que Colpensiones para negar la reliquidación de [la] pensión, se acoja a la circular interna 04 de 2013 y al artículo 99 del decreto 1421 de 1993, que señala que los funcionarios de las Personería Distrital que actúan como Representantes del Ministerio Público, no deben acreditar la calidad de jueces, magistrados y fiscales ante los cuales ejerzan las funciones delegadas y por ende no tienen derecho a la remuneración y prestaciones de estos...».

Recalca que «La Constitución Política de 1991 y el Decreto ley 1421 de 1993, solo rigen hacia el futuro, y no tienen efectos retroactivos, razón por la cual las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley queda sometido a ella aun cuando no se realicen sino bajo el imperio de una nueva ley, o sea, que los decretos nacen cuando se producen los hechos previstos por la misma ley para su nacimiento, razón por la cual tanto la Constitución de 1991 y el decreto 1421/93 no pueden afectar los derechos adquiridos cuando entraron en vigencia» (sic).

Aclara que «...tampoco le es aplicable...como índice Base de Liquidación el promedio de lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión porque en este caso no se está solicitando una pensión de vejez, sino una reliquidación de la misma de conformidad con los decretos 546/71, artículos 6o y 8o y 542/77, artículo 11, por cuanto el beneficiario además de estar en régimen de transición ya se le aplicó la ley 33 al reconocerle la pensión de vejez, mediante resolución N° 33090 del 24 de agosto de 2006, probándose así que...pertenece al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que para el 1 de abril de 1994 tenía 40 años de edad y por ende la reliquidación de su pensión tiene que ser conforme a la ley 33 de 1985» (sic).

II. TRÁMITE PROCESAL

Revisado el expediente de la referencia, se advierte que la demanda y su reforma fueron admitidas a través de autos de 15 de diciembre de 2014 (fl. 92) y 16 de diciembre de 2015 (fl. 156, en los que se ordenó la notificación personal a los señores presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y agente del Ministerio Público; así mismo se dispuso dar traslado de la demanda por 30 días.

Contestación de la demanda y su reforma. La entidad accionada no hizo uso de esta oportunidad procesal (fl 166).

Audiencia inicial (fs. 197 a 202, CD. f. 196). El 13 de junio de 2016, se celebró la audiencia prevista en el artículo 180 (numeral 1) de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia. En esta diligencia se advirtió que si bien la entidad accionada no contestó la demanda y su reforma, no se evidenció que se presentara causal de excepción previa consagrada en los artículos 180 (numeral 6) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 100 del Código General del Proceso; se manifestó que existía litigio en relación con establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con el 75% de la asignación mensual devengada en el último año de servicio de conformidad con el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, artículo 11 del Decreto 542 de 1977 y el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y por último, se tuvieron como pruebas las documentales obrantes dentro del proceso.

Así mismo, como no fue posible integrar la Sala de decisión para proferir sentencia, en virtud del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran, por escrito, sus alegatos de conclusión y este último rindiera su concepto.

Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad legal estipulada para ello, los sujetos procesales alegaron de conclusión así:

Parte demandante Reiteró lo expuesto con la demanda e indica que «...mal puede Colpensiones predicar mediante la falsa motivación, la vía de hecho y el prevaricato, que el suscrito no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, bajo el báculo de que los tiempos trabajados en la Personería Distrital durante los años 1976 - 1978 no son tenidos en cuenta porque dicha Personería no hace parte del Ministerio Público, por no pertenecer a la estructura orgánica ni jerárquica de la Procuraduría General de la Nación, y porque de conformidad con el decreto ley 1421 de 1993 artículo 99, los funcionarios de la personería Distrital, que por delegación actúen como representantes del Ministerio Público, no deben acreditar la calidad de jueces, magistrados y fiscales ante los cuales ejerzan las funciones delegadas y por ende tampoco tienen derecho a la remuneración de estos y prestaciones de estos» (sic).

Estima que «El derecho lo adquirió antes de la vigencia de la Nueva Constitución y el decreto 1421/93, en el tiempo comprendido entre el 16 de agosto de 1976 y el 20 de mayo de

1978, cuando por mandato de la ley 4 de 1913 artículo 232 y ley 25 de 1974 artículo 1º, la Personería de Bogotá hizo parte del Ministerio Público; razón por la cual el adefesio jurídico predicado por Colpensiones de...[aplicar] retroactivamente unas normas que no estaban vigentes para el momento...no son de recibo, por ser contrarios a los principios de la irretroactividad de la ley, derechos adquiridos, favorabilidad laboral, seguridad jurídica y confianza legítima».

Concluye que tiene derecho a que la pensión sea liquidada teniendo en cuenta «...el 75% del salario más alto del último año...[de conformidad con] los decretos 546 de 1971 y 542 de 1977, por haber trabajado en la Personería de Bogotá, Fiscalía General de la Nación y Procuraduría General de la Nación por más de 12 años...».

Entidad demandada. El apoderado de la accionada aduce que «...la primera cotización que se aportó con vinculación en la Rama Judicial fue en la Fiscalía General de la Nación correspondiente al 1º de junio de 1995 hasta el 16 de octubre de 1998 es decir que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 esto es al 1º de abril de 1994 el peticionario no acreditó los requisitos establecidos en el decreto ley 546 de 1971 razón por la cual dicho régimen no le es aplicable».

Que «...la reliquidación no puede tenerse en cuenta teniendo en cuenta el ingreso base de la liquidación del último año de servicio toda vez que la Corte Constitucional ya ha fijado una postura teniendo en cuenta el artículo 10 de la Ley 1437, así como las sentencias de la Corte Constitucional C 85 de 1995 del carácter vinculante a la labor judicial y sentencia 539 de 2011 sobre los alcances del derecho constitucional en el cual vincula a todos los jueces de la república».

Ministerio Público. La señora Procuradora 55 Judicial II destacada ante este Tribunal, quien funge como Ministerio Público dentro del presente proceso, es del criterio que debe accederse a las pretensiones de la demanda, al considerar que «...lo que se discute es el tiempo de servicio que el demandante laboró en la personería para el año 1976 que para esa época el régimen político municipal señala que en cada municipio debía haber un agente del ministerio público, igualmente la Ley 25 del 1974 señala que el ministerio público estaba conformado tanto por Procuraduría, Fiscalía y por la Personería esto para decir que con la Constitución Política de 1991 es cuando viene a separarse la estructura orgánica de la personería...» (sic).

Por último, dice que «...debe tenerse en cuenta que para el momento en que el demandante

estaba vinculado en la personería, ejercía como servidor público del ministerio público estaba catalogado como Ministerio Público por la Ley 25 de 1974, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad considerando que lleva más de 20 años tanto en la fiscalía, procuraduría como en la personería, desconocérsele esta condición de pertenecer al ministerio público para poder ser beneficiario del Decreto 546 de 1971, atentaria con la seguridad jurídica por lo que considera que debe verse las normas que regían en el momento que se encontraba vinculado en la personería» (sic).

III. CONSIDERACIONES

Competencia. Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en primera instancia, de acuerdo a lo regulado por el artículo 152 (numeral 2) de la Ley 1437 de 2011.

Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste razón jurídica al demandante al pretender la reliquidación de su pensión de jubilación con el 75% de la asignación mensual devengada el último año de servicio, de conformidad con los artículos 6º del Decreto 546 de 1971, 11 del Decreto 542 de 1977 y 36 (inciso 2º) de la Ley 100 de 1993.

Tesis de la Sala. En el asunto sometido a estudio se accederán las pretensiones de la demanda, por cuanto se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, expedidos por la entidad accionada, de acuerdo con los argumentos de orden legal y jurisprudencial que se pasan a exponer.

Marco jurídico. Sea lo primero advertir que la Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

Sin embargo, con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993, en el que se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si

son mujeres o cuarenta (40) o más si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.

Así las cosas, encuentra la Sala, que las pensiones que gozan de un régimen especial no se rigen por las disposiciones previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, y desde luego, menos aún por la Ley 100 de 1993, así se encuentra consignado en la Ley 33 de 1985:

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

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

Por lo tanto, la pensión de jubilación reconocida a los servidores de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, se encuentra regulada en el Decreto 546 de 1971 y tal y como se explicó, no le es aplicable Leyes 33 y 62 de 1985.

El Decreto 546 de 1971, «Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares», en su artículo 6º, dispone:

«Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas».

Así las cosas, el régimen pensional que de manera especial regula a los funcionarios judiciales, es el contenido en el Decreto 546 de 1971, el cual contempla el derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio, condicionado al cumplimiento de 55 años de edad en el caso de los hombres y 50 años en el caso de las mujeres, al igual que 20 años de servicios

continuos o discontinuos, de los cuales por lo menos 10 años los hayan sido al servicio exclusivo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público.

En cuanto a lo concerniente con los factores salariales de los empleados de la rama judicial y del Ministerio Público, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 prevé:

«Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación
- b) La prima de antigüedad
- c) El auxilio de transporte
- d) La prima de capacitación
- e) La prima ascensional
- f) La prima semestral, y
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio» (negrilla de la Sala).

Nótese que esta norma, además de enumerar algunos factores salariales de los empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, señala que constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, lo que significa que la lista de factores que se enumera es enunciativa y no taxativa.

Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar el caso objeto de estudio frente al marco normativo que gobierna la materia, tenemos:

a) Que el actor nació el 24 de febrero de 1947, es decir, cumplió 55 años de edad el 24 de febrero de 2002 (f. 2).

b) Certificaciones de información laboral de la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, en las que consta que inicialmente laboró en: (i) la Personería de Bogotá desde el 17 de agosto de 1976 hasta el 20 de mayo de 1978; (ii) la Fiscalía General de la Nación del 1º de junio de 1995 al 17 de agosto de 1998; (iii) la Procuraduría General de la Nación desde 2 de abril de 2001 hasta el 7 de octubre de 2005 y del 1º de marzo de 2010 al 25 de agosto de 2012 (fs. 22, 24, 29 y 34).

c) Certificación de 9 de julio de 2012, originaria de la Procuraduría General de la Nación, que da cuenta que el actor durante los años 2011 y 2012, además de la asignación básica devengó las Bonificaciones judicial y por servicios, las primas de navidad, especial de servicios, vacaciones y servicios y gastos de representación (f. 40).

d) Certificación laboral proferida por la Subdirectora de Gestión del Talento Humano de la Personería de Bogotá, en la que consta que el demandante laboró para esa entidad desde el 17 d agosto de 1976 hasta el 20 de mayo de 1978 (f. 107).

e) Resolución GNR 216572 de 27 de agosto de 2013, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión al accionante (fs. 3 a 5).

f) Escrito de 9 de octubre de 2013, donde el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo que negó la reliquidación de su pensión (fl. 11 a 17).

g) Resolución GNR 121338 de 8 de abril de 2014, expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la actora (fs. 8 y 9).

h) Frente al recurso de apelación interpuesto, no se aporta acto administrativo que lo haya desatado.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad toda vez que nació el 24 de febrero de 1947.

Así mismo se encuentra demostrado que cumplió con el requisito exigido por el Decreto 546 de 1971, esto es haber laborado, mínimo, 10 años al servicio exclusivo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, de tal suerte que tiene derecho a que su pensión vitalicia de jubilación sea reconocida y liquidada de conformidad con las previsiones contenidas en el dicho decreto, pues se vinculó a la Personería de Bogotá desde el 17 de agosto de 1976 hasta el 20 de mayo de 1978, a la Fiscalía General de la Nación del 1° de junio de 1995 al 17 de agosto de 1998, con la Procuraduría General de la Nación desde el 2 de abril de 2001 hasta

el 7 de octubre de 2005 y del 1º de marzo de 2010 al 25 de agosto de 2012.

Lo anterior, como quiera que el artículo 1º de la Ley 25 de 1974, aplicable para la época de los hechos, disponía que «El Ministerio Público comprende la Procuraduría General de la Nación y las Fiscalías y Personerías que establecen la Constitución y las Leyes», estos es, que durante el lapso en que el accionante estuvo vinculado en la Personería Distrital, esta hacía parte del Ministerio Público, situación que cambió a partir de la Constitución de 1991, ya que con aquella se consolidó a Colombia como una República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales¹, ante lo cual se rompe cualquier dependencia o vínculo entre las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación.

Dentro de este contexto debe interpretarse la jurisprudencia del Consejo de Estado, emitida con posterioridad a la Constitución de 1991, que señala que el régimen prestacional de las Personerías es distinto al régimen prestacional y salarial de la Procuraduría General de la Nación, cuyo fundamento se basa en el Decreto 1421 de 1993, en donde de manera clara indica que «Los funcionarios de la Personería Distrital que por delegación actúen como agentes del Ministerio Público no deberán acreditar las calidades de los magistrados, jueces y fiscales ante los cuales ejerzan las funciones delegadas. Tampoco tendrán la remuneración, derechos y prestaciones de éstos²» (sic).

Por tanto, teniendo en cuenta, que tal y como se advirtió de manera previa, el demandante ostentó su vinculación con la Personería de Bogotá con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la pensión vitalicia de jubilación de este debía reconocerse y liquidarse con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios de acuerdo con el régimen especial que lo ampara, con la inclusión de todos los factores salariales devengados.

En gracia de discusión, esta Colegiatura advierte que no desconoce el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, con ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub proferida por revisión de un asunto de tutela, en la cual se determinó:

«...la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala

¹ Artículo 1º y 286 de la Carta Magna.

² Demandado en acción de nulidad (artículo 84 Decreto 01 de 1984) ante el Honorable Consejo de Estado Sección Primera, que desestimó los cargos mediante Sentencia de 14 de julio de 1995, expedientes acumulados 2680 y 3051, Consejero Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación» (Subraya fuera del texto).

La citada providencia reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de los beneficios y condiciones especiales del régimen de los Congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, cuyos efectos continuaron vigentes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior permite concluir que aun con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015 en sede de tutela, el Consejo de Estado ratificó en pronunciamiento de unificación de 25 de febrero de 2016, la aplicación de la sentencia de 4 de agosto de 2010, por lo tanto se seguirá este precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta Jurisdicción.

Por las anteriores razones, la Sala concluye que le asiste razón jurídica al actor en su reclamación en cuanto tiene que ver con el monto de su pensión, pues advierte la inobservancia de normas especiales que lo cobijan, con desconocimiento del derecho a obtener su mesada pensional en un monto igual al 75% del salario promedio mensual más alto devengado en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores percibidos por el servicio prestado, entre ellos, asignación básica, bonificaciones judicial y por servicios, primas de servicios, navidad, vacaciones y especial de servicios y gastos de representación, devengados entre el 25 de agosto de 2011 y el 25 de agosto de 2012, que se encuentran debidamente certificados en el folio 40 del expediente, de manera que la restricción que efectuó el ISS en este sentido resulta contraria a dicho régimen especial, por tanto, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la apoderada de Colpensiones, toda vez que carecen de asidero jurídico.

En relación con los descuentos por concepto de aportes a pensión que la entidad debía hacer sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios de los empleados, si los mismos no fueron efectuados en su momento, la Sala ha dispuesto que podrá realizarlos previa la reliquidación de la pensión³.

Por último, para el caso de las diferencias entre las mesadas pensionales canceladas y lo que debió sufragarse, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1984, se pagan

³ En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las sentencias de 10 de junio de 2010, radicado interno 0528-2009, y de 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009.

solamente las causadas hasta tres (3) años antes de la fecha en que se haya formulado la correspondiente reclamación ante la demandada, sin embargo, como quiera que entre la fecha de retiro del servicio, esto es, 25 de agosto de 2012 (f. 19) y la solicitud de la solicitud de reliquidación pensional (5 de diciembre de 2012), dicho fenómeno prescriptivo no acaeció en el presente asunto.

Así las cosas, con fundamento en el material probatorio allegado al expediente y apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% del salario promedio mensual más alto devengado en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores percibidos por el servicio prestado (asignación básica, bonificaciones judicial y por servicios, primas de servicios, navidad, vacaciones y especial de servicios y gastos de representación), los cuales fueron debidamente acreditados en la certificación visible en los folio 40 del expediente, a partir del 25 de agosto de 2012, fecha de retiro del servicio. Los reajustes correspondientes se harán de conformidad con lo dispuesto en la ley. Igualmente sobre los nuevos factores a tenerse en cuenta, se podrán realizar los descuentos respectivos que por aportes se deban hacer a la entidad y se reliquidará la pensión.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse més por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Por otro lado, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, en la medida en que conforme al artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación», situación que no se observa en el *sub lite*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones GNR 216572 de 27 de agosto de 2013, GNR 121338 de 8 de abril de 2014, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y del acto ficto o presunto originario del silencio administrativo, producto de la falta de respuesta al recurso de apelación presentado contra la Resolución GNR 216572 de 27 de agosto de 2013, por medio de los cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante conforme al Decreto 546 de 1971, sin inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme a la parte considerativa.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) reliquidar la pensión de jubilación del señor Edilberto Berrocal Araujo, identificado con la cédula de ciudadanía 17.163.407, con el 75% del salario promedio mensual más alto devengado por el actor durante el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores percibidos por el servicio prestado (asignación básica, bonificaciones judicial y por servicios, primas de servicios, navidad, vacaciones y especial de servicios y gastos de representación), los cuales fueron debidamente acreditados en la certificación visible en los folio 40 del expediente, a partir del 25 de agosto de 2012, fecha de retiro del servicio, conforme a la motiva.

TERCERO.- La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el H. Consejo de Estado, a saber:

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

CUARTO.- Colpensiones, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO.- Sin condena en costas, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

SEXTO.- Por secretaría de la subsección, devuélvase a la parte demandante el remanente, si lo hubiere, de la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

SÉPTMO.- Ejecutoriada esta decisión archívense las diligencias, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

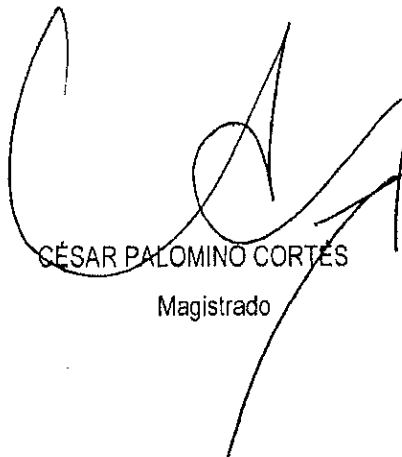
Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Magistrado



JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO
Magistrado



CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Magistrado