



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN «A»**

**Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., agosto once (11) de dos mil dieciséis (2016). SE 087

**Radicado:** 250002325000201000112 01 (1319-2015)

**Actor:** Luis Bernardo Flórez Enciso

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones  
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por Luis Bernardo Flórez Enciso contra el Instituto de Seguro Social (hoy Administradora Colombiana de Pensiones).

**ANTECEDENTES**



El señor Luis Bernardo Flórez Enciso, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Instituto de Seguros Sociales (hoy Administradora Colombiana de Pensiones).

### **Pretensiones**

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por el Instituto de los Seguros Sociales:

1.1. Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2007, en su artículo 1.º que concedió la pensión de jubilación al actor.

1.2. Resolución 00021008 del 22 de mayo de 2008 a través de la cual se desató el recurso de reposición, contra el acto administrativo contenido en el numeral 1.1.

1.3. Resolución 01006 del 16 de marzo de 2009 mediante la que se resolvió el recurso de apelación, interpuesto contra la resolución de que trata el numeral 1.1.

1.4. Resolución. 020625 del 18 de mayo de 2009, en su artículo 1.º, por medio de la cual se modificó la Resolución 0035892, y se reconoció a favor del demandante un retroactivo por valor de \$177.946.309.oo.

2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reliquide y pague la pensión de vejez conforme lo



establece el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de la misma anualidad y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en cuantía equivalente al 75% de todos los factores salariales que fueron devengados durante el último año de servicios (sueldo, gastos de representación, bonificación por servicios, primas de vacaciones, servicios, navidad e indemnización por vacaciones), comprendido entre el 4 de septiembre de 2005 al 3 de septiembre de 2006.

3. Igualmente, se condene al Instituto de los Seguros Sociales a reconocer y pagar las diferencias entre lo que se le ha venido cancelando con fundamento en la Resolución 020625 del 18 de mayo de 2009 y lo que se ordene pagar en la sentencia. Las cuales deberán ser canceladas a partir del 4 de septiembre de 2006.

4. A su vez, que se ordene indexar la primera mesada pensional, de conformidad con lo establecido en las sentencias T-425 y T-815 de 2007 proferidas por la Corte Constitucional y 29.022 del 31 de julio del mismo año emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

5. Que las sumas que resulten a su favor sean indexadas y que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que se condene en costas a la demandada.



## **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones

1. El señor Luis Bernardo Flórez Enciso nació el 27 de diciembre de 1949.
2. Mediante la Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2007, la entidad demandada concedió la pensión de vejez al demandante en cuantía de \$4.584.090 con fundamento en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993. Decisión que fue confirmada a través de las Resoluciones 00021008 del 22 de mayo de 2008 y 01006 del 16 de marzo de 2009, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.
3. Posteriormente, la Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2008 fue modificada por el Instituto de los Seguros Sociales a través de la Resolución 020625 del 18 de mayo de 2009 en cuanto reliquidó la pensión sin tener en cuenta la totalidad de los factores percibidos durante el último año de servicio, contraviniendo con ello, lo establecido por el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, normas que le son aplicables al demandante, al ser beneficiario del régimen de transición.



## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas vulneradas los artículos 2.º, 6.º, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 21 del Código Sustantivo del Trabajo, Leyes 57 y 153 de 1887, Leyes 33 y 62 de 1985, artículos 11, 36 inciso segundo, 141 y 289 de la Ley 100 de 1993, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y Decreto 758 de 1990.

Señaló que la entidad demandada vulneró disposiciones legales y constitucionales, comoquiera que al momento de determinar el monto de la pensión y el tiempo de salario promedio del demandante aplicó el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no el inciso 2.º de la citada normativa, que remite a las Leyes 33 y 62 de 1985, así como al Decreto 1045 de 1978, las cuales son aplicables a las personas beneficiarias del régimen de transición, es decir, a aquellas que en atención a criterios de equidad y justicia se les deben respetar sus expectativas legítimas.

Igualmente, recalcó que el Instituto de los Seguros Sociales vulneró el principio de inescindibilidad al aplicar la Ley 33 de 1985 para el monto de la pensión, y el inciso 3.º de la Ley 100 de 1993 tanto para la base reguladora como para los factores a tener en cuenta.

Afirmó que de conformidad con la ley y lo dispuesto por el Consejo de Estado, la pensión por vejez se debe reconocer y



liquidar con fundamento en el 100% de lo devengado en el último año de servicios e incluyendo los factores salariales de que trata el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, a saber, asignación básica, gastos de representación, primas de navidad, servicios, vacaciones, y bonificación por servicios. Así como también la indemnización por vacaciones no disfrutadas, las cuales en los términos del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo se constituyen en una asignación adicional a favor del empleado.

Finalmente, solicitó indexar la primera mesada pensional en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y las sentencias T-425 y T-815 de 2007, en la cuales la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la indexación está directamente relacionado con la definición política de Estado Social de Derecho.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Vencido el término de fijación en lista la parte demandada no contestó la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**



Solo intervino la parte demandante (ff. 99-108), quien reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductor e insistió en que la entidad demandada vulneró el principio de inescindibilidad, que dispone que la norma deberá aplicarse en su totalidad. Asimismo, indicó que en virtud del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, siempre que exista duda en la aplicación de una norma, se preferirá aquella que tenga las condiciones más benignas para el solicitante.

Finalmente, expuso que el derecho del demandante se consolidó desde el 4 de septiembre de 2006 hasta el 20 de noviembre de 2011, fecha en la cual falleció.

### **SENTENCIA APELADA**

Mediante proveído del 15 de noviembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, declaró la nulidad parcial de la Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2007, y la nulidad de los otros actos acusados. Como consecuencia de lo anterior, condenó al ISS a reliquidar el valor de la mesada de la pensión de jubilación reconocida al demandante, sobre el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año anterior a su retiro (septiembre de 2005 a septiembre de 2006), con inclusión de los valores por concepto de sueldo, gastos de representación, 1/12 de la



bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones, 1/12 de la prima de servicios y 1/12 de la prima de navidad.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

En primer lugar, señaló que de conformidad con los artículos 60 y 69 inciso 5.º del Código de Procedimiento Civil, la muerte de la parte actora no produce la suspensión ni interrupción del proceso, toda vez que sus intereses son representados por su apoderado.

Seguidamente, expuso que en virtud de los principios de legalidad e inescindibilidad normativa, a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les aplican en toda su extensión las disposiciones contenidas en la ley anterior a la entrada en vigencia de esta última.

Por consiguiente, estimó que el actor cumplió con los requisitos previstos en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, para obtener la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, esto es, haber servido 20 años continuos o discontinuos y llegar a la edad de 55 años.

De igual forma, encontró probado que entre septiembre de 2005 y septiembre de 2006 el demandante devengó: sueldos, gastos de representación, primas de vacaciones, de servicios, navidad y bonificación por servicios; los cuales debieron ser incluidos en la liquidación pensional, salvo las primas técnica y de alta gestión conforme lo establece el Decreto 393 del 2006 y la indemnización



por vacaciones, al no constituir estas salario ni prestación. Lo anterior con fundamento en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, radicado: 0112-2009, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Por otra parte, consideró que en el *sub lite* no se configuró el fenómeno de la prescripción trienal, al tener en cuenta que la resolución a través de la cual se reconoció el derecho pensional data del 15 de agosto de 2007, el recurso de apelación fue resuelto mediante acto del 16 de marzo de 2009 y la demanda radicada el 11 de febrero de 2010.

Respecto de la indexación de la primera mesada pensional observó que la entidad demandada por medio de la Resolución 020625 del 18 de mayo de 2009 reliquidó y actualizó la pensión de jubilación del accionante desde el 4 de septiembre de 2006, día en el que se hizo efectivo el retiro del servicio hasta la fecha de pago efectivo de la prestación, esto es, 2009, lo que evidencia que su pensión no quedó rezagada en relación con la devaluación de la moneda, de modo que no se accede la indexación en los términos solicitados en la demanda, empero, ordenó indexar las diferencias a pagar una vez incluidos los factores devengados en el último año.

## **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**



Dentro de la oportunidad legal, la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en los siguientes términos:

Señaló que de la lectura del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se infiere que los gastos de representación no son considerados como salario, razón por la que no debieron tenerse en cuenta para efectos de la pensión reconocida al señor Luis Bernardo Flórez Enciso.

De otro lado, afirmó que las mesadas pensionales se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción trienal, conforme lo prevén los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, por tanto no podía el *A quo* ordenar la reliquidación de la pensión desde el 4 de septiembre de 2006.

Por lo anterior, solicitó revocar o modificar la sentencia.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **COLPENSIONES (ff. 185-190)**

La entidad demandada advirtió que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder a la pensión se tendrán en cuenta las normas anteriores a su vigencia, es decir, que la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión será el que prevé la Ley 33 de 1985, sin embargo, dicha norma no señaló



el ingreso base de liquidación, de ahí que fuera necesario dar aplicación a la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Decreto 1158 de 1994.

Así entonces, y para efectos de establecer el ingreso base de liquidación debe tenerse en cuenta si al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 al beneficiario de la prestación le faltaban menos de 10 años o más de 10 años para adquirir el derecho, lo anterior por cuanto, de configurarse la primera situación se aplica el artículo 36 inciso 3º *ibidem*, y de presentarse la segunda, el artículo 21 *ejusdem*.

Afirmó que el Tribunal Administrativo no tuvo en consideración los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, específicamente la SU-230 de 2015 y la C-258 del 7 de mayo de 2013, así como tampoco los principios y criterios constitucionales de solidaridad, orden justo y sostenibilidad financiera y fiscal del sistema de participaciones.

Finalmente, advirtió que la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado y de la cual hace uso el *A quo*, según el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 no es de aquellas con la categoría de sentencias unificadoras, pues no fue proferida por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de unificar jurisprudencia.

**Luis Bernardo Flórez Enciso (ff. 191 a 202)**



Reafirmó los argumentos expuestos en las demás intervenciones procesales.

## MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó se modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de limitar la condena al 20 de noviembre de 2011, y en lo demás confirme, con fundamento en lo siguiente:

Coincidió con el *A- quo* en cuanto ordenó que la pensión del accionante debía reliquidarse con fundamento en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, al estar amparado por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, consideró que es necesario adecuar la condena a la titularidad de la prerrogativa en cabeza del actor, hasta cuando éste tuvo tal condición, esto es, el 20 de noviembre de 2011, cuando falleció, comoquiera que de ahí en adelante no hubo derecho a satisfacer. Tal vez sobre sus herederos o dependientes, pero ello no fue objeto de debate en el *sub examine*.

Finalmente, señaló que contrario a lo afirmado por el apelante, los gastos de representación sí son factor salarial por cuanto se devengan de forma directa por el ejercicio de las funciones y se



perciben de manera permanente. Y respecto de la prescripción trienal estimó que la misma no se configuró, como acertadamente lo concluyó el Tribunal.

## **CONSIDERACIONES**

### **Cuestión previa**

Previo a resolver el fondo del asunto, la Subsección aclara que en virtud de los principios de congruencia y dispositivo, que limitan la competencia del juez de segunda instancia a los argumentos esgrimidos por el recurrente, dentro de la presente providencia no se retomará la discusión de si el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que remite al contenido de la Ley 33 de 1985, comoquiera que ello no fue objeto de apelación por parte de la entidad demandada. Teniendo en cuenta lo expuesto, el pronunciamiento de la Sala se circunscribirá a los dos puntos objeto de apelación, esto es, la procedencia de incluir o no en la reliquidación los gastos de representación y si se configura o no el fenómeno de la prescripción.

### **Problema jurídico**

De conformidad con lo expuesto, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:



- i) ¿En la liquidación de la pensión de jubilación del señor Luis Bernardo Flórez Enciso deben incluirse los gastos de representación percibidos durante el último año de servicios?
  
- ii) ¿Se configuró la prescripción de las mesadas pensionales?

### **Primer problema jurídico.**

¿En la liquidación de la pensión de jubilación del señor Luis Bernardo Flórez Enciso deben incluirse los gastos de representación percibidos durante el último año de servicios?

Al respecto, se sostendrá la siguiente tesis: Procede la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante con inclusión de los gastos de representación percibidos durante el último año de servicios, con base en las razones que pasan a explicarse:

La Sala Plena de la Sección Segunda de esta corporación<sup>1</sup>, sostuvo que con el fin de salvaguardar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad, favorabilidad e inescindibilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, lo que el trabajador devengó por concepto de salario.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, número interno: 0112 de 2009.



Lo anterior, por cuanto el artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, no señala de forma taxativa, sino enunciativa, los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, y, por tanto, al momento de efectuar el reconocimiento pensional a favor del empleado se deben tener en cuenta además aquellos *“que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio<sup>2</sup>”*.

Ahora, en reciente decisión la Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial<sup>3</sup>, se pronunció sobre los alcances de la sentencia SU-230 de 2015, por considerar que dicha providencia avaló la interpretación que tiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria para liquidar la pensión de jubilación con el promedio de los últimos 10 años de servicios de conformidad con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, la Corte no se refirió a las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, «[...] de cuyos múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016. Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado: 25000234200020130154101. Número interno: 4683-2013. Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón



ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 [...]».

Asimismo, dentro del proveído de unificación se señaló que la sentencia C-258 de 2013, no constituía precedente para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, dado que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4.º de 1992 artículo 17 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

En las anteriores condiciones, se adujo que:

«[...] en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

[...] el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, *“las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”*.

[...]»

En el presente asunto, es claro que la pensión del accionante se rige por el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, para determinar los factores salariales debe tenerse en cuenta lo siguiente:

<p><b>Régimen pensional aplicable</b></p>	<p>Art. 1.º Ley 33 de 1985 Art. 45 Decreto 1045 de 1978</p>	<p>Ley 33 de 1985, artículo 1.º: «Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte</p>
---	---	---

		<p>(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 <u>equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.»</u>(Se subraya).</p>
--	--	--

<p><b>Precedente jurisprudencial aplicable</b></p>	<p>Sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación: 5000 23 25 000 2006 07509 01(0112-09).</p> <p>Sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2016, Magistrado</p>	<p>«[...] La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en</p>
--	---	--

	<p>ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado: 25000234200020130154101. (4683-2013)</p>	<p>cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. <u>Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de</u></p>
--	---	---

		<p><u>reconocer el beneficio pensional. [...]»</u> (Se subraya).</p> <p>«[...] el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que <u>el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que</u></p>
--	--	---

		<p><u>es por regla general el 75%).</u> [....]» (Se subraya)</p>
<p><b>Factores salariales liquidados en la pensión de jubilación</b></p>	<p>En los actos administrativos acusados se tuvo en cuenta para efectos de liquidar la pensión del demandante, el 75% del ingreso base de liquidación del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, para un valor de \$4.584.090</p>	<p>Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2007 por medio de la cual se concedió la pensión de jubilación a la parte demandante (ff.</p>

		12-15, cuaderno) 1).
<p><b>Factores salariales devengados en el último año de servicios:</b></p> <p>(Del 4 de septiembre de 2005 hasta el 3 de septiembre de 2006)</p>	<p><b>Contraloría General de la República</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Asignación básica mensual.</li> <li>-Gastos de representación.</li> <li>-Bonificación por servicios prestados.</li> <li>-Prima técnica.</li> <li>-Prima de alta gestión.</li> <li>-Prima de navidad.</li> <li>-Prima de servicios.</li> <li>-Prima de vacaciones.</li> </ul>	<p>Certificado de factores salariales de la parte demandante proferido por la Directora del Talento Humano de la Contraloría General de la República (f. 14, cuaderno 1).</p>

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 establece un listado que sirve de referencia a efectos de precisar los factores de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, así:

**«ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:



- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968» (Se subraya).

De conformidad con los argumentos citados, se observa que la parte demandante devengó en su último año de servicios (del 4 de septiembre de 2005 al 3 de septiembre de 2006) los factores de salario correspondientes a:

- Asignación básica,
- Gastos de representación,



- Prima técnica,
- Prima de alta gestión,
- Bonificación por servicios prestados,
- Prima de vacaciones,
- Prima de servicios,
- Prima de navidad,

Así entonces, y tal como lo sostuvo el *A quo*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 la base de liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante debió calcularse en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios en la Contraloría General de la República, esto es, la sumatoria de la asignación básica correspondiente a ese último año de servicios y los factores salariales enunciados anteriormente.

Por tanto, no es de recibo para esta subsección el argumento expuesto por la parte demandada en el recurso de apelación, en cuanto afirma que según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo los gastos de representación no constituyen factor salarial, pues como se lee de la norma transcrita y en armonía con la sentencia proferida por la Sala Plena de esta corporación el 4 de agosto de 2010, sí lo son para efectos pensionales.

### **En conclusión:**

Los gastos de representación percibidos durante el último año de servicios sí deben tenerse en cuenta para efectos de reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante.



## **Segundo problema jurídico.**

¿Se configuró la prescripción de las mesadas pensionales?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No se configuró la prescripción de mesadas pensionales, por las razones que pasan a explicarse:

La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece:

«Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

Por su parte, el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, en el artículo 102 indica:

**«PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1.** Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.



2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

En virtud de las normas transcritas se analiza lo siguiente:

- Mediante Resolución 35892 de agosto de 2007, el ISS concedió pensión de jubilación al señor Luis Bernardo Flórez Enciso en cuantía inicial mensual de \$4.584.000 a partir de la acreditación del retiro del servicio (fls. 2-5).
- Una vez notificado de dicho acto administrativo, el señor Flórez Enciso interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. A través de Resolución 0021008 de 22 de mayo de 2008 se decidió el recurso de reposición (fls. 6-7) y por medio de resolución 01006 del 16 de marzo de 2009 se decidió el de apelación, confirmando la decisión impugnada.
- Finalmente y por medio de Resolución 020265 del 18 de mayo de 2009, se modificó la Resolución 0035892 del 15 de agosto de 2007, en atención al retiro definitivo del servicio del señor Luis Bernardo Flórez Enciso. En tal virtud, se ordenó su reliquidación teniendo en cuenta los últimos 10 años de servicio, y se estableció la cuantía de su pensión de \$5.221.062. (fls. 21-22 cuaderno 1). La anterior decisión fue notificada al actor el día 24 de junio de 2009.



- El día 29 de septiembre de 2009 se radicó solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos.
- El 26 de enero de 2010, se celebró audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida. (f. 17, C.1)
- El 11 de febrero de 2010, se presentó la demanda (f. 42 vto., cuaderno 1)

- En este punto se evidencia, que los actos que se demandan son los relacionados con el reconocimiento de su pensión, y que en tal virtud como entre ellos y la presentación de la demanda no transcurrieron tres (3) años, por lo que no se configuró la prescripción.

### **En conclusión:**

No le asiste razón a la entidad accionada en cuanto señala que se configuro el fenómeno de la prescripción en el *sub lite*, pues entre el acto que resolvió la situación del demandante y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años.

### **Decisión de segunda instancia:**

La Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 15 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda,



Subsección F en Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **Condena en costas**

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

### **Reconocimiento de personería**

Se reconoce personería al doctor David Felipe Sierra Rivera identificado con c.c. núm. 1.018.419.743 de Bogotá y T.P. núm. 223.020 del C.S de la J. en los términos y para los efectos de la sustitución al poder conferido por el doctor José Octavio Zuluaga Rodríguez identificado con c.c. núm. 79.266.852 de Bogotá y T.P. núm. 98.660 del C.S de la J, que obra a folio 215 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección «A» administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**



**Primero:** Confirmar la sentencia del 15 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F dentro del proceso de la referencia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Luis Bernardo Flórez Enciso contra el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES).

**Segundo:** Se reconoce personería al doctor David Felipe Sierra Rivera identificado con c.c. núm. 1.018.419.743 de Bogotá y T.P. núm. 223.020 del C.S de la J. en los términos y para los efectos de la sustitución al poder conferido por el doctor José Octavio Zuluaga Rodriguez identificado con c.c. núm. 79.266.852 de Bogotá y T.P. núm. 98.660 del C.S de la J, que obra a folio 215 del expediente.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**Notifíquese y cúmplase**



La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**