



Yopal, treinta (30) de abril de dos mil quince (2015).

Fallo¹. **REITERACIÓN.** MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Auxiliar de servicios del DAS. (2) Pensión de vejez. (3) IBL. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN DE VEJEZ: Auxiliar de servicios del DAS. RÉGIMEN ESPECIAL (Decreto 1933 de 1989); INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL). RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100/93: ENUMERACIÓN ENUNCIATIVA. SE INCLUYEN TODOS LOS FACTORES CONSTITUTIVOS DE SALARIO. EFECTOS DE LA SENTENCIA C-258 de 2013, no son aplicables a los regímenes especiales de pensión de los cuales no se ocupó la Corte. **REITERACIÓN.** DESCRIPTOR: PRESCRIPCIÓN. RESTRICTORES: (1) INTERRUPCIÓN POR PETICIÓN. (2) CÓMPUTO. (3) EFECTOS DE LA DEMANDA.

Demandante: AURA ROSA CHAPARRO
Demandado: CAJANAL EN LIQUIDACIÓN - UGPP (SUCESOR PROCESAL)
Radicado: 850013333002-2014-00046-01 (2015-00037)
Juzgado de Origen: 2º Administrativo de Yopal
Fecha decisión: 8-IX-2014

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de restablecimiento del derecho de la referencia en el cual se controvierten los factores de liquidación de una pensión de vejez reconocida por CAJANAL –en liquidación-; promueve la alzada la parte demandada.

HECHOS RELEVANTES

La demandante laboró al servicio del Estado desde el 4 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2008; el último cargo que desempeñó fue el de auxiliar de servicios 325-03 de la planta global operativa del DAS, asignado a la Seccional Casanare (fol. 38).

CAJANAL –en liquidación- le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 22504 del 17 de mayo de 2007; con fundamento en su lectura del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidó la pensión con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años y tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la bonificación por compensación (fol. 13).

A través de la Resolución PAP 014000 del 16 de septiembre de 2010 (fol. 22), reliquidó la pensión de la demandante a la cuantía de \$ 587.826,49 a partir del 1 de enero de 2009; tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados y omitió los demás.

¹ Matriz pensiones DAS – administrativos. Actualización: IV_2015.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición que fue decidido el 31 de enero de 2011 (Resolución PAP 037156, fol.24), allí se confirmó el acto recurrido. Se argumentó que el IBL a tener en cuenta para la liquidación de prestaciones con régimen especial reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era el dispuesto en el artículo 21 de dicha norma.

ASUNTO LITIGIOSO

Se controvierten los factores de liquidación de una pensión de vejez reconocida por CAJANAL –en liquidación, a un ex auxiliar de servicios generales del DAS.

La **parte actora** estimó que deben incluirse todos los factores salariales devengados al momento del retiro, luego el monto de la pensión debe ser el equivalente al 75% de los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicios con fundamento en el régimen pensional de los antiguos servidores del DAS.

La accionada sostiene que no todo lo devengado en el último año de servicios constituye factor salarial que deba tenerse en cuenta como IBL y que solo proceden los factores respecto de los cuales se haya cotizado, por ello no incluyó las primas de clima, de servicios y navidad, la bonificación por recreación y el sueldo por vacaciones.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez segundo administrativo de Yopal profirió sentencia el 8 de septiembre de 2014 en la que **declaró**: i) nulidad parcial de la Resolución 22504 de 2007; PAP 014000 de 2010 y PAP 37156 de 2011. **Condenó** a la UGPP a reliquidar y/o reajustar la pensión de vejez reconocida a la señora Aura Rosa Chaparro equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios (comprendido desde el 1º de enero de 2008 al 1 de enero de 2009), incluyendo además de los ya reconocidos, los siguientes factores: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima especial de riesgo, prima de clima, sueldo por vacaciones, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de servicios y prima de navidad, conforme a su periodicidad; ii) declaró la prescripción trienal de las diferencias pensionales derivadas de la reliquidación y/o reajuste de la pensión de vejez de la demandante y ordenó el pago de las diferencias pensionales causadas con posterioridad al 4 de septiembre de 2006 (de conformidad con la prescripción trienal), iii) autorizó a la UGPP para hacer los cobros y descuentos de los aportes pensionales insolutos si los hubiere. Libró órdenes relativas a la ejecución y verificación del fallo y se abstuvo de condenar en costas (fol. 135).

Precisó² que el motivo de inconformidad en el sub-lite versa sobre el monto y factores que CAJANAL tuvo en cuenta para liquidar la pensión de la demandante y precisó que no está en discusión que la misma es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tal como lo acepta la accionada en los actos enjuiciados.

Seguidamente³ aclaró que el artículo 4º del Decreto 1835 de 1994⁴ establece un régimen especial para aquellos servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 que desempeñan *actividades de alto riesgo* y que el mismo no era aplicable a la señora Aura Rosa Chaparro acorde a la labor que desarrollaba. En consecuencia, se refirió a las normas anteriores que regulaban el régimen pensional de la demandante (Decretos 2146 y 2147 de 1989; Decreto

2 Minuto 1:13:25, CD audiencia inicial visible a folio 140.

3 Minuto 1:14:07, ibidem.

4 Artículo corregido por el artículo 1º del Decreto 898 de 1996. Dicho decreto establece las actividades de alto riesgo para los servidores públicos. Norma derogada por el Decreto 2090 de 2003.

1047 de 1986 y Decreto 1933 de 1989, este último, fijó un régimen especial pensional para algunos de los funcionarios del DAS).

Concluyó⁵ que la demandante era beneficiaria del régimen especial del DAS, acorde con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber servido a esa entidad continuamente desde el 4 de julio de 1895 en el cargo de auxiliar de servicios y adquirir estatus pensional el 6 de mayo de 2006. Resaltó que: i) el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989 dispuso que las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, ii) con la expedición de la Ley 62 de 1985 la exclusión que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 hizo a quienes por ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones quedó incólume, ii) para el monto y factores de la pensión de los detectives DAS amparados por el régimen de transición por remisión expresa del artículo 1º del Decreto-Ley 1933 de 1989 se aplican los Decretos 3135 de 1968; 1848 de 1969; 1047 de 1978, 451 de 1974 y los que adicionen, modifiquen y complementen ese régimen.

En consecuencia, accedió parcialmente a las pretensiones teniendo en cuenta que la pensión vitalicia del demandante debió liquidarse con todos los factores salariales devengados el último año de servicio⁶, contemplados en el art. 18 del Decreto 1933 de 1989 en la cuantía fijada en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1979.

Para la anterior conclusión también se apoyó en precedentes sobre el régimen de pensiones del DAS, tanto de esta Corporación⁷ como del Consejo de Estado⁸, del segundo también se refirió a una sentencia en la que se precisó que la prima de riesgo se debe tener en cuenta como factor salarial⁹.

Precisó que establecido el valor de las mesada pensional inicial la Administración debe hacer los reajustes de ley, incluyendo en la liquidación los factores reconocidos en la sentencia y frente a las diferencias pensionales que surjan año a año, indicó que procede el pago de las mismas pero únicamente frente a las causadas con posterioridad al 4 de septiembre de 2006, acorde a la prescripción decretada¹⁰.

Dicho valor autorizó ajustarlo conforme lo dispone el artículo 187 del CPACA y acorde a la fórmula indicada por el Consejo de Estado, esto es, $V_p = v_h / \text{índice final} / \text{índice inicial}$, con su peculiar forma de aplicar los índices así: donde v_p es valor presente corresponde o actualizado, v_h valor histórico o la cifra que se actualiza, índice final la fecha de ejecutoria de la sentencia y el índice inicial el que existía al 4 de septiembre de 2006. Sin embargo, agregó que dicha fórmula debía aplicarse mes a mes para cada mesada. Más intereses y cumplimiento de la sentencia conforme a los artículos 189 y 192 del CPACA.

Así mismo, autorizó¹¹ a la UGPP hacer cobros y descuentos para cubrir los aportes pensionales por los factores que se tendrán en cuenta en adelante y para la reliquidación de la pensión; para tal fin dispuso utilizar la misma fórmula indicada anteriormente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La **entidad accionada** (fol. 142) solicitó que se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las pretensiones. Argumentó que: i) con la expedición de la Ley 100 de 1993 se ordenó la incorporación

⁵ Intervención a partir del minuto: 1:28:13, CD audiencia inicial visible a folio 140.

⁶ Según lo certificado de salarios para el año **2008** que obra al folio 36.

⁷ TAC, sentencia del 11 de junio de 2009, ponente: Néstor Trujillo González, demandante Corredor Patarroyo Joaquín.

⁸ Sentencia del 14 de julio de 2005, ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado 44000123310002002-00045-00 (3700-03).

⁹ Sentencia del 7 de abril de 2011, radicado 76001-2331000-2007-00249-01, ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ Minuto 1:41:00, CD, visible a folio 140. Tuvo en cuenta que la pensión se reconoció desde el 1º de agosto de ese año y que el 4 de septiembre de 2009 la demandante solicitó su reliquidación interrumpiendo así la prescripción trienal.

¹¹ Minuto 1:45:55, CD, visible a folio 140.

de los servidores públicos al SSSS lo cual se hizo a través del Decreto 691 de 1994. Con fundamento en los artículos 1 y 2 del Decreto 1835 de 1994 y el 10 del Decreto 1933 de 1989 concluyó que, como el régimen del sistema general de pensiones no hace excepciones respecto de los factores de liquidación de la pensión ni en la forma de liquidarla, es necesario que se determinen acorde a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios y no con las normas anteriores y resaltó que la demandante se desempeñó en el cargo de auxiliar de servicios administrativos, luego no se encuentra establecido en el régimen especial de los funcionarios del DAS ni es posible la inclusión de los factores que pretende la demandante.

En consecuencia, consideró que los factores salariales para determinar el IBL son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 y resaltó que se aplica dicha norma al demandante por la incorporación que se ordenó de los servidores nacionales al SGP y porque adquirió el estatus de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993. Agregó además que: i) todo lo devengado no tiene la connotación de factor salarial pues se requiere que sea en forma habitual y periódica, ii) que no puede haber un reconocimiento pensional sobre lo que no se ha cotizado tal como lo indica el Acto Legislativo 01 de 2005, iii) en la sentencia C-258 de 2013, precedente que se debe acatar, se señaló que en caso de no existir aportes al sistema la solicitud de liquidación pensional debe ser negada, iv) los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, que en su sentir no se desvirtuó y terminó condenada a un pago que no le corresponde, y v) la UGPP no es la llamada al pago de la diferencia pensional pues no incumplió el mandato de descontar las cotizaciones por la totalidad de lo devengado por el demandante.

Con apoyo en precedente del Consejo de Estado¹² sostuvo que no es procedente incluir en el IBL el sueldo por vacaciones al igual que las primas de servicios y navidad porque no son factores salariales sino prestaciones a cargo del empleador¹³.

Por último, frente a la prescripción declarada por el a-quo, censuró que la fecha a partir de la cual se decretó, esto es, 4 de septiembre de 2006, no es adecuada acorde a las previsiones del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Argumentó que desde la decisión de reliquidación de la pensión por retiro definitivo (Resolución PAP 014000 del 16 de septiembre de 2010) hasta la presentación de la demandan transcurrieron más de tres años; luego la última fecha es la que debe considerarse para efectos del cómputo del término de la prescripción y no desde el 4 de septiembre de 2006 como lo hizo el a-quo.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso quedó a disposición del sustanciador el 18 de febrero de 2015; se admitió al día siguiente y se dispuso correr traslado para alegar por escrito el 26 de ese mismo mes (fol. 6 c. 2ª instancia); concurrieron la parte actora y la entidad accionada. Entró en turno para fallo el 28 de marzo de 2015 (fol. 28 c. 2ª). Se decide con prelación pues corresponde a línea de juzgamiento consolidada.

Alegatos de conclusión

Parte actora (fol. 20, 2ª). Solicitó declarar la prosperidad de las pretensiones y desestimar las excepciones planteadas por la entidad accionada. Se refirió al marco normativo, transcribió apartes de precedentes del Consejo de Estado sobre la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y concluyó que la demandante era beneficiaria del mismo. En consecuencia, por remisión del artículo 1º y del inciso 1º del artículo 10 del Decreto 1933 de 1989 a las disposiciones del Decreto 1448 de 1968, debía ser reliquidada la pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, del 1 de junio de 2006 al 31 de mayo de 2007.

¹² Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 250002325000-2007-00001-01, sin más datos.

¹³ Sentencia proferida dentro del radicado 250002325000-2004-04269-01, sin más datos.

La entidad demandada (fol. 8 a 19, 2ª). Reiteró lo que expuso en el recurso de apelación sin ofrecer argumento adicional.

El agente del **Ministerio Público** guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1ª Examen formal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P. y en el art. 207 del CPACA, en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; no se vislumbra necesidad de saneamiento de oficio.

2ª Hechos probados

2.1 La señora Aura Rosa Chaparro laboró con el Estado en el extinto DAS desde el 4 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2008 como auxiliar de servicios 325-03 (fol. 38), para un tiempo de servicios de 23 años, 4 meses y 27 días.

2.2 La demandante nació el 6 de abril de 1951 y acorde con las decisiones administrativas adquirió el derecho a la pensión el 6 de abril de 2006 (fol. 14). Cuando entró en vigencia la Ley 100 tenía más de 35 años de edad y menos de 15 años tanto de cotización por seguridad social como de servicio al Estado.

2.3 Se certificaron los emolumentos salariales devengados por la demandante durante los años 2004 a 2008 (fol. 36).

2.4 A través de la Resolución 22504 del 17 de mayo de 2007 le fue reconocida pensión de jubilación¹⁴ (fol. 13); luego le fue reliquidada mediante Resolución PAP 014000¹⁵ del 16 de septiembre de 2010 (fol. 22), efectiva a partir del 1 de enero de 2009, sin tenerse en cuenta la totalidad de los emolumentos salariales devengados en el último año de servicio (fol. 37). Decisión recurrida y confirmada (Resolución PAP 37156 del 31 de enero de 2011, fol. 32).

2.5 Durante el último año de servicios (2008) devengó, además de los factores que la Administración incluyó en el IBL, los siguientes emolumentos:

| Factor | Monto percibido (\$) 2008 |
|----------------------------|---------------------------|
| Subsidio de alimentación | 37.533 |
| Auxilio de transporte | 55.000 |
| Prima especial de riesgo | 112.487 |
| Prima de clima | 74.991 |
| Prima de vacaciones | 630.906 |
| Bonificación por servicios | 374.956 |
| Prima de servicios | 872.009 |
| Prima de navidad | 998.934 |

¹⁴ Con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidó la pensión con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años.

¹⁵ Únicamente tuvo en cuenta como IBL la asignación básica y bonificación por servicios prestados y calculó el 75% del promedio de lo devengado por dichos conceptos en los últimos 10 años de servicio.

3ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

3.1 PJ1. Se trata de dilucidar si es jurídicamente viable incluir en la reliquidación de una pensión de vejez de un servidor del DAS, reconocida con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la generalidad de los emolumentos laborales devengados en el año que antecedió a la adquisición del estatus de pensionado.

3.1.1 Tesis. Sí. Esta Sala ha consolidado línea en la que se responde afirmativamente; se acogió la sentencia de unificación de la Sección Segunda a la que se alude enseguida y se han ofrecido argumentos adicionales.

3.1.2 Reiteración de línea¹⁶. Nuevamente se expresa que el IBL debe incluir todos los factores constitutivos de salario y algunas de las prestaciones que el demandante devengó durante el año que antecedió a la causación del derecho a la pensión ordinaria por vejez; no se acoge la posición de la demandada, que fracciona las garantías de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, para excluir las relativas al monto y al IBL de la prestación social.

3.1.3 Los precedentes verticales y horizontales y su marco dogmático. El Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, en la cual el pleno de la Sección Segunda del Consejo de Estado rectificó y unificó su jurisprudencia, resolvió las tensiones entre las dos subsecciones y concluyó así:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de

¹⁶ En igual sentido sentencias del 16 de diciembre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicados: 850012333002-2012-00099-01 y 850012333002-2012-00071-01, del 20 de febrero, 15 de mayo y 23 de octubre 2014 del mismo ponente con radicados: 850013333001-2012-00100-01, 850012331-002-2012-000141-00 y 850013333001-2013-00040-01 entre otras. Reiteraciones más reciente del 9 de abril de 2015, detective del DAS, radicación 850013333001-2013-00271-01 (2015-00006); y del 30 de abril de 2015, auxiliar administrativo sector salud, radicación 850013331000-2011-00681-01 (2013-00366-02), todas del mismo ponente.

1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹⁷:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación¹⁸".

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...) Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella (sic) enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

a) Del principio de favorabilidad en materia laboral

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 (sic) los factores mencionados por la norma pueden tenerse en 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. 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 reconocer el beneficio pensional.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref.: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

¹⁸ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó: "(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)"

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹⁹.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...) En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al *sub-lite*, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional²⁰.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación²¹.

3.1.4 Esta Corporación en sentencia de rectificación de la línea, en la que se estudiaron casos de reliquidación de una pensión ordinaria de una docente nacionalizada acogió los anteriores planteamientos y agregó:

" (...) ciertamente la realización del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones no puede lograrse a costa de los derechos subjetivos de los servidores públicos, ni con desmedro de otros institutos constitucionales de mayor valía, como lo es, para el caso, el de la condición más favorable al trabajador cuando agotados los medios hermenéuticos ordinarios subsiste una antinomia de fuentes o la pluralidad de

¹⁹ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

²¹ C.E. Pleno de Sección 2ª, sentencia del 4 de agosto de 2010, V. H. Alvarado, radicado 250002325000200607509-01 (interno 0112-2009). Se trató de la reliquidación de una pensión acorde con el art. 10 del Decreto 1160 de 1989. Salvó voto el consejero G. Arenas.

opciones interpretativas entre las cuales deberá prevalecer la que satisfaga integralmente la protección de derechos sociales.

El juez tiene el deber de realizar la justicia material, el que se sobrepone a supuestas obligaciones judiciales de salvaguardar el interés institucional del Tesoro, pues en la realización de lo justo al servicio de la persona humana que se proclama como un valor y un fin constitucionalmente deseado a partir de la Carta Política de 1991 (Preámbulo, artículos 1º, 2º, 5º, 228 y 230), cuando se contrapongan lo uno a lo otro deberá optar por la solución que atienda a este último postulado; luego ha de rectificarse desde ahora su postura tradicional, tanto porque la nueva orientación unificada del superior funcional se aviene mejor a ellos, como porque el propio legislador ha dado realce y connotaciones relativamente vinculantes a las sentencias de unificación que adopten los órganos de cierre en cada jurisdicción (Ley 1395 de 2010, artículos 114 y 115).

Ofende al sentido de justicia que, conocida una solución de rectificación más favorable al trabajador, como aquí ya ocurrió, quien por suerte somete su caso al conocimiento de los tribunales y jueces tenga que esperar a que se divulguen otros cuatro fallos en la misma senda, para alcanzar sus beneficios. Se exhorta, entonces, a la parte pasiva para que en sus propios procesos decisorios impulse correctivos institucionales sin esperar centenares de sentencias adversas para corregir su sistemática renuencia a reconocer derechos subjetivos en materia de pensiones; se trata de contribuir desde la Administración a lograr el ideal de lo constitucionalmente justo y a descongestionar el sistema judicial. No está de más recordar y reprochar la contumacia frente a líneas tan consolidadas como la de *pensión gracia* y el régimen especial de la Rama Judicial; ha de esperarse que no ocurra lo mismo con la novedad que finalmente acogió por absoluta mayoría el superior funcional tras varios años de incertidumbre en su jurisprudencia.

Para cerrar este aparte dogmático es pertinente precisar que la variación de rumbo no se apoya en el art. 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, cuya vigencia expiró a partir de la Ley 33 de 1985, sino en una lectura extensiva y en la reinterpretación judicial de los textos citados de las Leyes 33 y 62 de 1985; el Consejo de Estado ofreció como sustento normativo de esa nueva línea, más favorable al trabajador, conceptos tomados del bloque de constitucionalidad, acorde con los cuales tanto el salario en sentido restringido – según el Derecho Interno – como las prestaciones sociales, son todas formas de remunerar el trabajo humano, unos emolumentos como *salario directo* y otros como *salario diferido* y para el caso de las pensiones, como un *“ahorro forzoso”* para cubrir sus necesidades cuando se retira de la actividad productiva que les dio lugar²². En esa misma dirección, se retomaron los fundamentos que ofreció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002²³.

Pueden agregarse también como fuentes que amplían el espectro gravitacional de los textos nacionales, los Convenios 95 y 100 de la Organización Internacional del Trabajo que vinculan a Colombia, ratificados mediante la Ley 54 de 1962. En ellos, desde hace décadas, se propende porque los estados reconozcan como *salario* e incorporen a la liquidación de los diversos emolumentos de servicio, *todo lo que retribuya el trabajo humano*, cualquiera que sea su periodicidad o su denominación [...].

Entonces, si en los términos de la Ley 33 de 1985, tal como fue modificada por la Ley 62 del mismo año, la pensión de jubilación equivale a un porcentaje de salario; si el salario es todo lo que recibe el trabajador como contraprestación de su labor, pues está prohibido a todos los estamentos del Estado hacer donativos gratuitos a particulares (art. 355 de la Constitución); si en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, Colombia debe **por todos los medios apropiados, inclusive y en particular a través de la adopción de medidas legislativas, adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos**, no hay razón para mantener interpretaciones judiciales regresivas, entre ellas las de excluir como factor de liquidación algunos rubros que conforman el salario, pues ello también viola el Bloque de Constitucionalidad, si se tiene en cuenta que los tres instrumentos internacionales a los cuales se ha hecho referencia en esta sentencia, hacen parte del mismo en virtud de lo establecido en los artículos 53 y 94 de la Constitución²⁴.

²²Citó la sentencia C-546 de 1992, el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el fallo C-038 de 2004, que desarrolla el principio de progresividad en materia laboral;

²³ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

²⁴ TAC, sentencias del 2 de diciembre de 2010, radicados 850013331001-2006-00332-01 (2010-435) y 850013331001-2008-00118-01 (2010-388), reiterada en sentencia del 20 de enero de 2011, expediente 850013331001-2008-00267-01 (2010-448), todas ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. En igual sentido, ver fallos del 20 de enero de 2011, expediente número 850013331002-2007-00541-01 y 24 de marzo de 2011, radicado No. 85001 - 3331 - 001- 2008 – 00268- 01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Con todas ellas se abrió y consolidó la línea rectificadora, que se ha mantenido constante y unánime. Una de las reiteraciones más recientes es la del 30 de mayo de 2013, radicado 850013331001-2011-00240-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

3.1.5 En sentencia más reciente en la que se estudió la reliquidación de una pensión de vejez de un ex servidor del Hospital de Yopal, se precisó:

"Ahora bien, con respecto al argumento señalado por la parte demandada en el recurso de apelación referente a que no puede responder por una mala liquidación dada como consecuencia del indebido pago de los aportes que realizó el empleador, recuerda la Sala que el servidor no puede ser perjudicado por la presunta omisión del deber de aportar que tenía el empleador, pues no es quien decide acerca de la administración de la nómina; por consiguiente, sin perjuicio de eventual litigio entre Cajanal y el empleador, la sentencia equilibra las cargas al ordenar el descuento a valor actualizado de los aportes que se hayan omitido.

Igualmente aclara la Sala que con la inclusión de los factores salariales en la liquidación de la pensión del demandante no se estaría socavando el presupuesto nacional puesto que no es el fallo el que podría afectarlo, sino las prácticas administrativas judicialmente reprochadas durante años, de esquilmar derechos sociales mediante interpretaciones tergiversadas del ordenamiento, a pesar de la claridad de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la abrumadora mayoría de los tribunales administrativos respecto de los factores de las pensiones ordinarias de ley 33 y el periodo a tener en cuenta para el IBL en el régimen de transición de servidores públicos"²⁵.

3.1.6 Esta Sala se ha ocupado en múltiples ocasiones del régimen de pensiones de servidores del DAS; tanto del especial propio de actividades de alto riesgo (detectives y otros beneficiarios, entre ellos dactiloscopistas), como del que corresponde a los empleados con funciones administrativas. Comparados los modelos de la Ley 33 de 1985 y del Decreto 1933 de 1989, se dijo en el contexto de la interpretación *numerus clausus*²⁶ de los factores de la primera, lo siguiente:

Régimen del Decreto 1933 de 1989

El Gobierno, invocando las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 43 de 1988, adoptó en este decreto un régimen prestacional *especial* para los empleados del DAS.

Según lo dispuesto en el art. 10, les eran aplicables las *normas generales sobre pensión de jubilación* previstas para los empleados de la administración pública nacional; salvo la excepción dispuesta para algunos empleos (dactiloscopistas detectives).

Los factores para liquidar la pensión fueron expresamente señalados en el art. 18, incluyendo los siguientes: a) asignación básica mensual; b) incrementos por antigüedad; c) bonificación por servicios prestados; d) prima de servicio; e) subsidio de alimentación; f) auxilio de transporte; g) prima de navidad, h) gastos de representación; i) viáticos, con las precisiones allí indicadas; y h) prima de vacaciones.

El decreto remite en lo demás, según se dijo, al régimen general de los empleados de la administración nacional.

[...] Salta a la vista que tanto los factores definidos en el Decreto 1933 de 1989, como el sistema de Ley 33 son *diferentes* al que consagró la Ley 100 de 1993 en el art. 36; pues siguiendo la lectura de CAJANAL, la aplicación literal del precepto de transición llevaría a tomar en cuenta como *ingreso base de liquidación* el promedio de los devengados por el servidor público desde el 1º de abril de 1994 hasta cuando se produjo el retiro del servicio o se causó el derecho a la pensión, cuando ese lapso es inferior a 10 años, con las actualizaciones por variación del IPC allí dispuestas.

²⁵ Sentencia del 7 de febrero de 2013, expediente 85001-3331-002-2011-00757-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

²⁶ Esa lectura restrictiva ya está superada, como se indicó en los párrafos precedentes. Pero aún durante su vigencia, la Sala encontró en el Decreto 1933 de 1989 el fundamento normativo para la tesis favorable a todos los pensionados del DAS.

Las diferencias estriban tanto en el periodo de servicio a considerar, como en los emolumentos laborales incluidos como factores de liquidación. En lo último, es también nítida la distinción con los previstos en el Decreto 1933 de 1989, más favorable al trabajador.

En los precedentes verticales se han considerado los dos sistemas (Ley 33 de 1985 vs. Ley 100 de 1993), con los hallazgos que se indicarán enseguida [...] ²⁷.

Aplicación al caso concreto

El actor sirvió en el DAS en cargos de mensajero, radiofonista, operador (raso, de equipo de transmisión y calificado) y técnico operativo [...] por más de veinte años en empleos del nivel administrativo (Decreto 1932 de 1989)...

Para el Tribunal resulta claro que la situación del demandante se ubica en el régimen de transición, en principio bajo la cuerda ordinaria de la Ley 33 de 1985, pues no se alegó ni probó que por la naturaleza de sus funciones y del cargo que desempeñó en el DAS, sea beneficiario del sistema de *pensiones de alto riesgo* reconocidas para *detectives* según las voces del Decreto 1933 de 1989, art. 10. Ese extremo no está en discusión, pues finalmente solo reclamó pensión cuando alcanzó la edad exigida en el sistema general.

[...] Por consiguiente, aunque el estatus de pensionado se causó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, es destinatario del régimen de transición según el alcance que le dan los precedentes verticales, que el Tribunal acoge, debiendo liquidarse su pensión con los factores establecidos en el art. 18 del Decreto 1933 de 1989 y la metodología (porcentaje del IBL y periodo de emolumentos laborales devengados a considerar) establecida por las Leyes 33 y 62 de 1985.

Como en los actos acusados se obró de manera diferente, restringiendo los factores y variando el periodo de servicio que incide en la fijación del ingreso base de liquidación, deben anularse y ordenarse que se reliquide la pensión teniendo en cuenta *todos los factores* previstos en el art. 18 del Decreto 1933 de 1989, que han debido tomarse en cuenta para establecer el ingreso base de *cotización*, que correspondan al último año de servicio (...), según lo dispuesto en el art. 1º, inciso 1º, de la Ley 33 de 1985 ²⁸.

3.1.7 La inclusión de la **prima de riesgo** como factor del IBL tiene tratamiento expreso en sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, así:

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, sí goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima **constituye en forma visible una retribución directa y constante** a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el **carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse,**

²⁷ [Nota. La cita original alude a CE, 3ª-B, sentencia del 16 de octubre de 2003, T. Cáceres, e25000-23-25-000-1999-06696-01. En el mismo sentido, sentencia del 5 de agosto de 2004, T. Cáceres, e25000-23-25-000-1999-5763-01].

²⁸ TAC, sentencia del 8 de junio del 2006, ponente Néstor Trujillo González, radicación 85001233-002-2003-00105-00. En reiteraciones recientes se ha mantenido idéntica perspectiva. Ver, entre otras ocasiones: fallo del 1º de abril de 2009, radicación 850012331003-2006-00201-01 (2008-092) para un detective; TAC, sentencia del 10 de abril de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 85001 - 3333 - 001- 2013 - 00045- 01. Igualmente, del mismo ponente, sentencia del 4 de septiembre de 2014, radicación 85001 - 3333 - 001- 2013 - 00047- 01. Y fallos con ponencias de Héctor Alonso Ángel Ángel, entre otros: del 28 de agosto de 2014, radicación 850013333-001-2013-00071-01 (detective); del 18 de septiembre de 2014, radicación 850013333-001-2013-00048-01 (detective) y del 16 de octubre de 2014, radicación 85001-3333-001-2013-00172-01 (administrativo).

adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991^(10, cita art. 53 de la Carta) estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de detective especializado, detective profesional, detective agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo"^(11, cita art. 1º del Decreto 2646 de 1994).

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensonal de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS²⁹. (Negritillas agregadas).

Por ello en sede horizontal señaló esta Sala acerca de reparos de la demandada en torno a los supuestos alcances restrictivos de ese fallo de unificación:

2.1 La tesis de la pasiva radica en que *únicamente la prima de riesgo* podría incluirse en la reliquidación de la pensión del demandante, por haber sido ella la aludida en la sentencia de unificación en torno a los efectos del Decreto 1047 de 1978 (art. 18) para definir los factores salariales del régimen de pensiones de detectives del DAS, por extensión del que se dispuso para los dactiloscopistas.

2.2 Dicha percepción no es fundada. Se trata exactamente de lo contrario: pese a que el Decreto 2646 de 1994 pretendió privar a la *prima de riesgo* de carácter salarial, de donde se tendría que inferir que no es factor del IBL, el Consejo de Estado enfatizó, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formas, que dicha *prima*, como todas las de su especie, *constituye retribución directa y constante del servicio* y debía computarse en el IBL de las pensiones de dactiloscopistas y detectives del DAS.

De manera que no solo la *prima de riesgo* sino todos los demás emolumentos laborales que *remuneran directa y periódicamente el trabajo dependiente* tienen que incluirse en el IBL de la pensión; lo que el fallo de unificación hizo, enteramente diferente a la lectura de la pasiva, no fue cercenar otros factores salariales, sino *asegurar que la prima de riesgo*, objeto de diversas interpretaciones dispares en los fallos judiciales, *debía incluirse* por constituir en estricto rigor *salario*³⁰.

²⁹ Consejo de Estado, pleno de Sección Segunda, sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicación 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11).

³⁰ TAC, sentencia del 12 de junio de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación, 850013333002-2012-00096-01 (2014-0039). En igual sentido, TAC, sentencia del 10 de abril de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 850013331002-2013-00045-01; esta última apoyada en citas de la Sección Segunda -Subsección A, sentencia del 10 de noviembre de 2010, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 568-2008, actor: José Luis Martínez Arteaga; Sección Segunda - Subsección A de 15 de noviembre de 2011, expediente No. 11001-03-15-000-2011-01438-00, M.P Alfonso Vargas Rincón y de 6 de junio de 2012, expediente No. 11001-03-15-2012-00549-00, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

3.1.8 Para finalizar la premisa abstracta, debe registrarse que en la línea a que se ha hecho referencia también se ha dejado claro que algunos de los emolumentos devengados por servidores del extinto DAS (sean detectives, dactiloscopistas o administrativos) *no se incluyen en el IBL, a saber:*

Sobre la **bonificación por recreación** y el **sueldo (sic) de vacaciones**, reconocidos por el a quo, precisa la Sala que no constituyen factor salarial; por ende no deben ser tenidos en cuenta para la reliquidación pensional.

En efecto, no hay sueldo por vacaciones, pues estas son una prestación social y no están incluidas como factor salarial para liquidar pensiones en el Decreto 1933 de 1989 ni en el Decreto 1045 de 1978. Similar situación ocurre con la bonificación por recreación de que tratan el Decreto 451 de 1984, la Ley de 995 de 2005, el Decreto 404 de 2006 y el Decreto 1374 de 2010.

Respecto a la bonificación por recreación, ha expresado el H. Consejo de Estado³¹:

"Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente" (negritas fuera de texto).

En relación con los factores prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, prima especial de riesgo y prima de clima, se tiene que de conformidad con lo ya expuesto, son elementos constitutivos de salario, razones suficientes para que la UGPP tenga que rehacer la liquidación de la pensión de jubilación del actor incluyendo en ella todos los factores salariales anteriormente anotados que fueron certificados como devengados en el último año de servicios³².

3.1.8.1 En lo relativo a *sueldo por vacaciones* debe hacerse ahora una precisión que zanja las diversas lecturas que pueden arrojar los certificados de emolumentos pagados que en su época expedía el pagador del DAS³³; puesto que en el mes en que se inserta dicho concepto *no aparecen pagos por asignación básica, subsidio de alimentación y auxilio de transporte*, debe entenderse que la equívoca denominación de "sueldo por vacaciones" no corresponde en realidad a un emolumento laboral diferente a la remuneración o sueldo básico y los

³¹ Consejo de Estado. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10). Actor: LUIS ANGEL HERNÁNDEZ SABOGAL. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS.

³² TAC, sentencia del 4 de septiembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación radicación 85001 - 3333 - 001-2013 - 00047- 01.

³³ En el caso concreto, por ejemplo, en los meses en que se revela *sueldo por vacaciones* no hay datos en las filas de *sueldo básico, subsidio de alimentación y auxilio de transporte* (ver folios 36-37), lo que indica que el servidor disfrutó vacaciones. Y los pagos se agruparon en el concepto inicialmente aludido.

demás componentes de pago mensual, menos aditiva a las vacaciones propiamente dichas, sino que allí se recogen los estipendios de *salario devengado durante el descanso remunerado* y los aludidos auxilios.

Puesto que al determinar el IBL se *incluye siempre la asignación básica* y cuando corresponde, además, auxilio de alimentación y subsidio de transporte, es improcedente y deforma matemáticamente la base de liquidación, introducir *otra vez* un inexistente “sueldo por vacaciones”; pero si se liquidara sacando el promedio mensual de los *devengados* del año estatus o del último de servicios, según lo que se esté discutiendo, excluido el “sueldo por vacaciones”, se vulneraría al pensionado, no por diversos enfoques jurídicos o conceptuales, sino por simple error aritmético, inducido por la impropia denominación en la prueba documental que se considera en estos eventos.

3.2 PJ2. *Determinar si en virtud del principio de sostenibilidad del sistema general de pensiones, deben aplicarse los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, respecto de la simetría que debe existir entre el IBC y el IBL, a la pensión ordinaria de vejez reconocida al demandante, quien no fue beneficiario del régimen de congresistas.*

3.2.1 Tesis del Tribunal. Reiteración. No. Toda vez que la propia Corte precisó en su *ratio decidendi* que dicho fallo no define por sí mismo el tratamiento de todos los sistemas especiales de pensión³⁴. A continuación se indican las razones:

3.2.2 La sentencia C-258 de 2013 hizo un estudio de constitucionalidad del régimen de transición en pensiones de congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios a los que resulta aplicable; allí se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y la Corte advirtió que en dicho fallo no se abordaba la constitucionalidad de *“otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas”*, al respecto precisó:

³⁴ Ver sentencias del 20 de febrero y 15 de mayo de 2014, radicados: 850013333001-2012-00100-01 y 85001-2331-002-2012-000141-00. Ver igualmente fallo del 24 de abril de 2014, radicación 850013333002-2012-00002-01 (2013-505); caso pensión docente; se examinó el alcance de la sentencia T-892 de 2013. En idéntico sentido, fallos del 23 de octubre de 2014, radicación 850013333001-2013-00040-01 (2014-144) y 850013333001-2013-00118-01 (2014-152); en todas las anteriores, ponente Néstor Trujillo González. En igual sentido, sentencia del 30 de abril de 2015 y del mismo ponente, expediente 850013331000-2011-00681-01 (2013-00366).

"En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros³⁵. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992".

3.2.3 Esa lectura se ha consignado igualmente en línea constante y uniforme de esta Sala, en las oportunidades en que se han estudiado pensiones ordinarias (docentes por ejemplo), especiales de la Rama Judicial y otras con particularidades. El fundamento jurídico lo ofreció expresa y claramente la Corte Constitucional en el aparte precisado³⁶.

3.2.4 Así las cosas, los eventos en que se estudie la liquidación o la reliquidación de pensiones ordinarias o de otras de régimen especial, en el espectro del art. 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, *garantías de transición* en lo que atañe a edad, tiempo de servicios o cotización y monto de la pensión, que sean *diferentes* al modelo excepcional de los *congresistas, magistrados de altas cortes y otros beneficiarios por extensión*, no se someterán a los lineamientos de la *ratio decidendi* de la sentencia C-

³⁵ Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

³⁶ TAC, sentencia del 20 de junio de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012333002-2012-00244-00; más enfáticamente, en fallos del 1º de agosto de 2013, ponencias de José Antonio Figueroa Burbano, radicados 850012333001-2012-00245-00 y 2012-00232-00. También, con ponencias del magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel, fallos del 28 de noviembre de 2013, expedientes 85001-3331-701-2011-00746-01 (pensiones detectives DAS) y 85001-3331-703-2012-00094-01(servidor del INPEC).

258 del 2013, por haber sido expresamente excluidos de sus alcances por la Corte Constitucional.

No se desconoce que de allí surgirán mandatos de optimización para el legislador, para el gobierno y para los administradores de las pensiones pagadas con recursos públicos; pero no puede automática y mecánicamente pretenderse que todo el régimen de pensiones en Colombia quedó juzgado, restringido y en cierto modo vulnerado, como en esa sentencia se dispuso para cierto grupo de ciudadanos, cuyos beneficios fueron enteramente exorbitantes frente a todos los demás servidores del Estado, en todos los tiempos.

3.2.5 Tampoco hay contradicción entre lo que se anuncia en el marco teórico que precede y el A. L. 1 de 2005, por el cual se hicieron adiciones y otras modificaciones al art. 48 de la Carta; nótese que este dejó varias salvaguardas para no afectar *derechos adquiridos* (inciso 4º) ni *expectativas legítimas* de quienes ya habían cotizado 750 semanas al promulgarse la reforma constitucional (parágrafo transitorio 4º)³⁷; serán las particularidades de caso las que permitan determinar si un interesado quedó o no cobijado por las restricciones introducidas en el aludido acto legislativo.

Además, esta Corporación ha hecho ajustes a la línea horizontal para preservar la plena eficacia del principio de sostenibilidad, mediante correctivos que permiten a la administradora de pensiones recuperar la totalidad de los aportes no cotizados por el trabajador durante su vida laboral, sin prescripción, por tratarse de la condición que habilita los reconocimientos concretos que se *constituye* con la ejecutoria del fallo³⁸.

3.3 *PJ3 Determinar cómo opera el cómputo de la prescripción extintiva prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³⁹ en los eventos en que el demandante introduce su libelo pasados más de tres años de haberse radicado reclamación.*

³⁷ 750 equivalen a 15 años de servicio.

³⁸ TAC, sentencia del 11 de diciembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 850012333000-2014-00067-00. Ver igualmente, TAC sentencia del 18 de diciembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2013-00119-01 (2014-00201). Reiteración reciente del mismo ponente, sentencia TAC del 9 de abril de 2015, radicado 850013333001-2013-00271-01 (2015-00006).

³⁹ *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".*

3.3.1 *Tesis. Reiteración*⁴⁰. Este Tribunal ya ha sostenido en la línea de mayoría que si entre la petición ante la Administración y la radicación de la demanda transcurren más de tres años, el beneficio inherente a la petición previa se pierde y la interrupción correrá desde tres años antes de la presentación de la demanda. Se estudiaron entonces eventos de *reclamaciones sucesivas* y en ello se centró la atención de los fallos.

Se introduce ahora una modulación dogmática indispensable para precisar la tesis así: *si entre la petición única ante la Administración que deba entenderse resuelta por silencio negativo, o desde el agotamiento de la vía gubernativa por acto expreso, según el caso, y la radicación de la demanda transcurren más de tres años, el beneficio inherente a la petición previa se pierde y la interrupción correrá desde tres años antes de la presentación de la demanda.*

3.3.2 Los precedentes horizontales y su marco dogmático.

Esta Corporación había señalado que *"la prescripción se interrumpe con la petición (o en su defecto, si no es forzosa, con la demanda) por una sola vez y hasta por tres años, según las normas que disciplinan ese instituto, vencido el primer trienio, una nueva demanda para poner en movimiento la jurisdicción solo interrumpe desde su radicación"*⁴¹.

No obstante, posteriormente ha precisado la línea horizontal en torno a los efectos de las *peticiones múltiples sucesivas* ante la Administración, seguidas de demanda, para señalar que:

[...] si se enlaza una cadena de peticiones, decisiones de fondo adversas, nuevas peticiones y así sucesivamente hasta llegar al acto acusado, podría ocurrir que unas y otras se enlacen en un lapso continuo sin interrupciones entre ellas mayores a tres o cuatro años, según el caso, de tal manera que los derechos concretos ya configurados se mantengan a salvo de la prescripción extintiva, por no operar para los de causación periódica imprescriptibles en su núcleo esencial el predicado "por una sola vez" que la jurisprudencia atribuye a la expresión legal "por un lapso igual", por ser incompatible con la naturaleza periódica de la causación y exigibilidad de tales instalamentos⁴².

⁴⁰ TAC, sentencia del 18 de diciembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2013-00119-01 (2014-00201). Con aclaración de voto del magistrado José Antonio Figueroa Burbano, cuyo disenso en torno al punto viene de TAC sentencia del 11 de diciembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano (con salvamento parcial del ponente), radicación 850012333000-2014-00067-00. Reiteración más reciente del 9 de abril de 2015, radicado 850013333001-2013-00271-01 (2015-00006), ponente Néstor Trujillo González.

⁴¹ TAC, sentencia del 12 de junio de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2012-00096-01 (2014-0039).

⁴² TAC, sentencia unánime del 9 de octubre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012333002-2014-00022-00.

Mutatis mutandis, ha de reiterarse que si el interesado en la reliquidación de una pensión de jubilación introdujo *reclamo* o *petición ante la autoridad administrativa competente*, sin que esta produzca pronunciamiento alguno de fondo lo que da lugar a la configuración de acto ficto desestimatorio, **la demanda que radique, sea antes o después de tres años de estar a la espera de una decisión, constituye por sí misma nuevo reclamo mediado por el estrado, con plena eficacia para interrumpir la prescripción extintiva y efectos desde tres años antes, con la sola condición de ser admitida por haber cumplido los pertinentes requisitos instrumentales para poner en movimiento la jurisdicción contencioso administrativa**. Sus jueces son *también autoridad competente*, aunque con funciones diferentes a las de los administradores.

5.3 Desde luego, si entre la petición ante la Administración que da lugar a la configuración de los actos acusados y la radicación de demanda transcurren *menos* de tres años, ni siquiera habrá solución de continuidad entre una y otra, de manera que la interrupción de la prescripción operará desde tres años antes de la solicitud ante la autoridad administrativa. En caso contrario, cuando dicho lapso sea mayor a tres años⁴³, el beneficio inherente a la petición previa se pierde y la interrupción correrá desde tres años antes de la presentación de la demanda⁴⁴.

3.3.3 El párrafo 5.3 de la cita que antecede podría dar lugar a suponer que *en todos los casos* el cómputo del trienio corre desde la *petición* o reclamación, para constatar si *hasta la demanda* se agotaron o no dichos tres años, *como si no mediara o tuviera que mediar decisión* administrativa. Y no puede ser así.

3.3.4 La modulación de ahora reconoce efectos jurídicos al deber que tiene la autoridad de decidir la petición de pensión, reliquidación o reajuste, según el caso. Nótese que *resolver* es un deber de las autoridades, por categórico mandato constitucional; mientras que demandar o esperar, frente al acto ficto si fuere el caso, es un *derecho* del interesado, que puede ejercer o no, según su autónoma decisión. Y ni siquiera el vencimiento del término para decidir petición o recursos libera a la Administración de la obligación de resolver; y que ni el ejercicio de esos medios facultativos o la interposición de demanda, exoneran *per se* a los servidores públicos de la responsabilidad por la omisión. Esa es la voluntad del Legislador.

Mientras la Administración no se haya pronunciado, la reclamación está surtiendo plenos efectos de *suspensión* del término de prescripción ya interrumpido, diferenciados como deben serlos dichos dos fenómenos (interrupción por el reclamo;

⁴³ La referencia a tres años se entiende para el régimen ordinario; excepcionalmente pueden ser cuatro años, para integrantes de la Fuerza Pública.

⁴⁴ TAC, sentencia del 18 de diciembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2013-00119-01 (2014-00201). Con aclaración de voto del magistrado José Antonio Figueroa Burbano, cuyo disenso en torno (equivalencia entre demanda y reclamación) al punto viene de TAC sentencia del 11 de diciembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano (con salvamento parcial del ponente), radicación 850012333000-2014-00067-00.

suspensión a la espera de acto que resuelva). Y el cómputo se *reanuda* cuando se notifique la pertinente *decisión definitiva que agota la vía gubernativa*.

Luego pueden darse dos escenarios teóricos: i) que a la petición sobrevenga *silencio* de la autoridad que configurará acto ficto desestimatorio, contra el cual se dirija la demanda; o ii) que haya decisión expresa. Ocurrido el *silencio*, será a partir de la fecha en que se estructure por vencimiento del plazo legal para resolver que se restablecerá el cómputo del término de prescripción; y si se trata de lo segundo, se reanudará una vez se notifique el pertinente acto que agota la vía gubernativa o de reclamación previa ante la Administración.

Así ofrecida razones para modular la línea horizontal, lo que deberá considerarse no lo será escuetamente la fecha de la *petición única*, sino, además, cuándo se entienda configurado acto ficto por silencio; o cuándo se agota la vía gubernativa, según el caso. Y desde entonces hasta radicación de la demanda se verá si se preservan o no los efectos generales de la interrupción por el trienio; o excepcionalmente, para Fuerza Pública, el cuatrienio de rigor.

3.3.5 4.7.2.1 Surge un interrogante adicional: ¿la radicación de la solicitud de conciliación tiene eficacia para interrumpir la prescripción? La respuesta dependerá de las particularidades de caso, por las siguientes razones:

- a) La Sala ya estableció, por mayoría, que *reclamación ante la autoridad competente* podrá serlo ante la *Administración* o ante el *juez*, dando así equivalencia a petición y demanda; las razones se indicaron en el marco abstracto que antecede;
- b) Lo mismo podrá predicarse de la *oportuna* solicitud de conciliación en que se ventile específicamente el derecho a pensión o sus factores, si además la demanda se presenta dentro del lapso máximo de suspensión de la caducidad (hasta por tres meses). Se da así un tratamiento homogéneo a los diversos

mecanismos que la ley ha previsto para *reclamar* el derecho subjetivo laboral: peticiones, solicitudes de conciliación y demanda en forma; y

- c) Puesto que la prescripción extintiva libera de obligaciones al presunto deudor cuando el *acreedor* no ejerza oportunamente su derecho, esto es, *sanciona* al titular y alivia la carga del obligado, la eficacia de la interrupción que podría atribuirse a la solicitud de conciliación operará únicamente *si la demanda a su vez entra en tiempo*, es decir, dentro del trimestre siguiente a la pertinente petición.

Aquí no se trata de confundir prescripción con caducidad, ni de asignar a lo que suspenda o interrumpa el término de la última consecuencias directas sobre la primera; sino de reconocer que esa especie de *reclamación* ante *autoridad competente* (Ministerio Público) facultada para convocar a la que deba decidir el reclamo, es igualmente apta para interrumpir la extinción por prescripción del derecho reclamado.

4ª El caso concreto

4.1 Se acreditó que, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993⁴⁵ la señora Aura Rosa Chaparro tenía 42 años de edad⁴⁶ y 7 años y unos meses de servicio⁴⁷, para ese entonces se desempeñaba como auxiliar de servicios del DAS, luego es beneficiaria del régimen de transición previsto en su artículo 36, establecido por el legislador para proteger los intereses de quienes estaban próximos a adquirir el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen en el que estaban afiliados; esa garantía fue parcialmente reconocida por la entidad demandada en los actos acusados, no obstante en el IBL tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 y no las normas preexistentes del régimen especial a la cual pertenecía la demandante y que debían aplicarse ultractivamente cuando se consolidó el estatus.

4.2 Encuentra la Sala que la sentencia apelada coincide con la línea de esta Corporación y la de su superior funcional; la nulidad decretada es procedente y, en consecuencia, la entidad accionada debe reliquidar la pensión de la demandante para incluir todos los factores salariales que no tuvo en cuenta al momento de la liquidación, conforme a las normas anteriores, esto es, los establecidos en el art. 18 del Decreto 1933 de 1989 y aplicar la metodología (porcentaje del IBL y periodo de emolumentos laborales devengados a considerar) establecida por las Leyes 33 y 62 de 1985.

⁴⁵ 1 de abril de 1994.

⁴⁶ Nació el 6 de abril de 1951, fol. 14.

⁴⁷ Ingresó a laborar en la entidad el 4 de julio de 1985, fol. 38.

4.3 No obstante tal como se indicó en el marco dogmático no hacen parte del ingreso base de liquidación –IBL- la bonificación por recreación ni el equívocamente denominado “sueldo por vacaciones” que incluyó el a-quo, pues como se precisó atrás, constituye doble cómputo de los factores salariales mensuales que se devengan durante el descanso remunerado; razón por la cual en ese sentido se modificará la sentencia para excluir dicho emolumento.

4.4 La prima especial de riesgo devengada por la accionante no fue incluida en los actos censurados en el IBL, en contra de lo que dispone la sentencia de unificación arriba citada y, en consecuencia, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Constitución Política se inaplicará el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 que no le confiere el carácter de factor salarial, por cuanto afectar en contrario la situación particular de la señora Aura Rosa Chaparro vulneraría su derecho a la igualdad frente a los casos en los que esta jurisdicción ha considerado que la prima especial de riesgo sí tiene el carácter de factor salarial, constitutivo del ingreso base de liquidación de una prestación pensional⁴⁸.

4.5 Así las cosas, de los emolumentos devengados por la actora en el último año de servicios (fol. 37) constituyen factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el IBL, los siguientes: *asignación básica, bonificación por servicios prestados, las primas especial de riesgo, de clima, de servicios, de navidad, y de vacaciones, auxilio de transporte y el subsidio de alimentación.*

Puesto que el fallo debe dejar claramente determinadas las obligaciones para precaver nuevas y ociosas disputas en torno a un derecho que se reconoce, así se hará para llenar la omisión de la sentencia recurrida, sin desmejorar la posición del apelante único en lo que atañe a los *factores* del IBL, así (fol. 37):

| Factor | Cuantía (\$) | IBL (\$) |
|------------------------------------|--------------|-------------------|
| | 2.008 | |
| Asignación básica | 749.912 | 749.912 |
| Subsidio de alimentación | 37.533 | 37.533 |
| Auxilio de Transporte | 55.000 | 55.000 |
| Prima especial de riesgo | 112.487 | 112.487 |
| Prima de clima | 74.991 | 74.991 |
| Prima de vacaciones (1/12) | 630.906 | 52.576 |
| Bonificación por servicios (1/12) | 374.956 | 31.246 |
| Prima de servicios (1/12) | 872.009 | 72.667 |
| Prima de navidad (1/12) | 998.934 | 83.245 |
| Total IBL | | 1.269.657 |
| PENSIÓN MESADA ORIGEN (75%) | | \$ 952.243 |

4.6 De otra parte, le asiste razón al a-quo cuando dispuso que la entidad demandada debía hacer las deducciones a que hubiere lugar si el demandante no cotizó sobre todo o parte de

48 Entre otras, TAC. Sentencias del 10 de abril de 2014, radicado 85001 - 3331 - 002- 2013 – 00045- 01 y del 4 de septiembre de 2014, radicado 850013333 001-2013-00047-01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Sentencias del 14 de noviembre de 2012, radicado 85001-3331-002-2012-00065-01, del 19 de septiembre de 2013, radicado 850013331001-2008-00198-02, y del 28 de agosto de 2014, radicado 850013333-001-2013-00071-0, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel. Reiteración más reciente del 9 de abril de 2015, radicado 850013333001-2013-00271-01 (2015-00006), ponente Néstor Trujillo González.

los factores que constituyen el IBL. Sin embargo, debe introducirse la precisión que sistemáticamente hace esta Sala en torno a la forma y monto de los pertinentes descuentos, así:

2.3.4.- En lo que se refiere específicamente a los aportes que la UGPP podrá descontar a la accionante, debe precisarse además que:

a) El período durante el cual deben descontarse esos aportes será por todo el tiempo en que se debían realizar cotizaciones, es decir, para el presente caso, durante el tiempo en que laboró como auxiliar de servicios generales del DAS.

b) No hay lugar a su prescripción porque la obligación de pagarlos solo surge con la ejecutoria de esta sentencia; porque el pago de los mismos es condición indispensable para que la actora tenga derecho a que se le incluya como factores para liquidar su pensión en virtud del cambio jurisprudencial indicado en precedencia; y porque no ordenar el pago de esos aportes durante todo el tiempo en que debía hacerse la cotización iría en contra del principio de sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, ampliamente analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 258 de 2013, entre otras.

c) Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el monto de aportes a descontar al accionante será el porcentaje que corresponda a la norma vigente en el momento en que debía hacerse el descuento por concepto de aportes para pensiones; a partir de la vigencia de dicha ley, los descuentos serán los que corresponden al trabajador por concepto de aportes para pensiones y fondo de solidaridad pensional según los artículos 20, 25, siguientes y concordantes, y normas que los han modificado y adicionado.

d) De la misma manera que las diferencias en las mesadas pensionales deben actualizarse acorde con las variaciones del IPC, también los aportes que debía hacer el trabajador y no hizo, se deben actualizar con base en la misma fórmula, es decir:

$Va = Vh(I_f/I_i)$, en donde:

Va= valor actual de los aportes no realizados

Vh= valor de los aportes mensuales a actualizar

I_f= variación del IPC vigente al momento de ejecutoria de la sentencia

I_i= variación del IPC vigente al momento en que debían pagarse.

e) El monto de los aportes por descontar nunca podrá ser superior a las sumas por pagar por concepto de diferencia en las asignaciones pensionales de la accionante.

Resta observar que si la demandante no cotizó sobre todo o parte de los factores enlistados, la demandada debía hacer las deducciones correspondientes, pues ellas son presupuesto para el reconocimiento de la pensión⁴⁹.

Para aplicar los anteriores lineamientos al caso concreto el acto administrativo de ejecución deberá calcular las diferencias debidas (no prescritas) de la mesada de pensión actualizada e indexada como se dijo en apartes precedentes; de dicha base de cálculo descontará los aportes a cargo de la actora para seguridad social en pensiones que tenga pendientes de cotización, igualmente actualizados a valor presente a la fecha de ejecutoria del fallo, sin prescripción.

⁴⁹ TAC, sentencia del 11 de diciembre de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 850012333000-2014-00067-00. Ver igualmente, TAC sentencia del 18 de diciembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2013-00119-01 (2014-00201).

Puesto que la sentencia recurrida carece de la necesaria delimitación del periodo, bases de cálculo y limitación del descuento de aportes eventualmente omitidos que se ha dejado anunciada, se dispondrá adicionar la resolutive en lo pertinente.

4.7 **Prescripción de mesadas.** Por último, frente a los reparos en torno a la prescripción trienal de las mesadas pensionales decretada por el a-quo y devengadas con anterioridad al 4 de septiembre de 2006, es pertinente reconstruir la línea de tiempo de lo acontecido, así:

- Adquirió estatus el 6 de abril de 2006;
- Pidió la pensión el 14 de agosto de 2006 y se le reconoció por acto administrativo (R-22504) el 17 de mayo de 2007;
- La demandante solicitó el 4 de septiembre de 2009 la reliquidación;
- La petición fue negada el 16 de septiembre de 2010 (PAP014000, fol. 22), cuando ya expirado el plazo legal, decisión a su vez recurrida oportunamente el 4 de octubre de 2010;
- El recurso fue resuelto mediante la Resolución PAP 037156 del 31 de enero de 2011, fol. 32, en la cual se confirma la negativa de reliquidación;
- Se pidió conciliación prejudicial el 1 de abril de 2013, con audiencia surtida el 8 de noviembre del mismo año y certificación de haber sido fallida, expedida el 6 de junio siguiente⁵⁰; y
- La demanda se introdujo el 19 de febrero de 2014.

4.7.1 Significa lo anterior que desde la expedición del acto de reconocimiento de la pensión (Resolución 22504 del 17 de mayo de 2007, fol. 13) hasta la terminación de la discusión en vía gubernativa (PAP 037156 del 31 de enero de 2011, fol. 32) el derecho litigioso se mantuvo en *reclamación* ante la Administración.

4.7.2 Aplicados los parámetros fijados en el marco dogmático al caso concreto, se tiene que se dan dos *reclamaciones sucesivas* entre las cuales el intervalo es menor a tres (3) años, a saber: *desde la R-22504 del 17-05-2007* (que reconoce el derecho) *hasta* la solicitud de reliquidación (04-09-2009) transcurrieron un poco más de dos; resuelta a su vez definitivamente la petición de reliquidación (PAP 03715631.01-2011), dicho acto se le *notificó por edicto* desfijado el 13 de junio de 2011 y quedó en firme al día siguiente (fol. 31).

Luego la interesada podía demandar a más tardar el 14 de junio de 2014. Lo hizo el 19 de febrero de 2014, desde luego, *en tiempo* para preservar la plena eficacia de los efectos de la petición de reliquidación de su pensión en lo que atañe a prescripción; como *reclamó* el 4 de septiembre de 2009, con razón el fallo recurrido fijó como fecha de consumación de la prescripción de las *mesadas anteriores* el 4 de septiembre del 2006.

4.7.2 Para la exacta determinación de los efectos de la prescripción parcial y del pertinente reajuste anual de mesadas, el acto de ejecución deberá tener en cuenta que: i) la primera mesada determinada por la fecha de retiro del servicio (a partir de 1º de enero de 2009) debe ser de \$ **952.243**; ii) dicho monto deberá reajustarse anualmente con base en el indicador general que las pensiones de su especie haya fijado el Gobierno acorde con la ley; iii) los efectos fiscales de la condena serán exigibles a partir de la mesada del mes de *septiembre de 2006*; iv) de la diferencia entre las mesadas causadas desde el mes de septiembre de 2006 y lo efectivamente pagado en cada instalamento, se descontarán los

⁵⁰ En la certificación de la certificación de Procuraduría se indica que la solicitud fue presentada en el año 2011, el cual corresponde al 2013 teniendo en cuenta fecha de celebración de la audiencia de conciliación, fol. 40 y 41.

aportes igualmente (cotizaciones a cargo del demandante) que no se hayan cubierto, conforme a los parámetros fijados en precedencia; y v) la diferencia neta a favor de la demandante se *actualizará mes por mes, desde cuando se causó cada una hasta la ejecutoria de la sentencia*; aquella *no podrá convertirse en deudora* en virtud de los aludidos descuentos por aportes, pues nadie viene al estrado a reclamar un derecho para, en vez de obtenerlo, quedar debiendo.

El *índice inicial* lo será *el de cada mes* en que se hayan causado diferencias a favor de la actora. Se corrige así la equívoca fórmula del fallo de primer grado que simultáneamente ordena actualizar mensualmente, pero en todos los eventos tomando como índice inicial el del mes de septiembre de 2006, lo que daría lugar a una ecuación que en simple aritmética no podría despejarse.

5ª **Costas**⁵¹. No se impondrán, dado que el recurso de la pasiva prospera parcialmente; no se vislumbra temeridad ni conducta dilatoria y la Sala preserva un núcleo de valoración respecto de la aparente inflexibilidad del art. 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º **MODIFICAR** el ordinal **segundo** de la parte resolutive de la sentencia del 8 de septiembre de 2014, proferida por el juez segundo administrativo de Yopal, por la cual definió las pretensiones de AURA ROSA CHAPARRO, contra CAJANAL en liquidación- que se entiende impuesta a la UGPP en calidad de sucesor procesal, el cual quedará así:

*SEGUNDO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, a liquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora AURA ROSA CHAPARRO, identificada con cédula de ciudadanía **23.739.846**, equivalente al **75%** de los siguientes emolumentos laborales devengados durante el último año de servicio, lapso comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2008: asignación básica, bonificación por servicios prestados, las primas especial de riesgo, de clima, de servicios, de navidad, y de vacaciones, auxilio de transporte y el subsidio de alimentación.*

*En consecuencia, el valor de la primera mesada (**enero de 2009**) se fija en la suma de **NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 952.243)**, monto que se reajustará*

⁵¹ La precedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

anualmente acorde con el indicador que fije el Gobierno Nacional conforme a la ley, según lo indicado en la motivación de segunda instancia.

*La condena surtirá efectos fiscales a partir del **4 de septiembre de 2006**, en virtud de la prescripción de diferencias de mesadas y se liquidará acorde con la parte considerativa del fallo de segunda instancia, tanto en lo que atañe a prescripción, como al descuento de aportes a cargo de la demandante sobre los nuevos factores del IBL que la sentencia ordena incluir, descuento que se hará sobre lo devengado durante todo el tiempo de servicio, sin exceder los límites allí fijados.*

2º ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4º del Decreto 2646 de 1994 en lo que atañe a prima especial de riesgo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3º CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia, en lo que fue objeto de apelación.

4º Sin costas en la segunda instancia.

5º En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NRD Aura Rosa Chaparro Vs. Cajanal en liquidación- UGPP sucesor procesal, radicación 2014-00046-01. Modifica parcialmente estimatoria de primer grado. Hoja de firmas 25 de 25).

Los magistrados,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Ausente con permiso
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Lida