



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4**

Tunja,

Magistrada Ponente: PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

ACCIÓN:	ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	15001-33-33-005-2013-00108-03
ACCIONANTE:	LEÓN GUILLERMO CARREÑO SUESCÚN
ACCIONADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P.
TEMAS:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN LEY 33 DE 1985 - IBL
DECISIÓN:	MODIFICA DECISIÓN

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida en audiencia inicial celebrada el 21 de mayo de 2015, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja resolvió acceder a las pretensiones de la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

En la demanda se formularon las siguientes (fs. 3 a 4):

“PRIMERA: Declarar que, es NULA la Resolución No. RDP 001610 del veintisiete (27) de abril de dos mil doce (2012) mediante la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P., NEGÓ la Reliquidación de la Pensión de Jubilación a mi

mandante LEÓN GUILLERMO CARREÑO SUESCUN, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEGUNDA: Declarar que, es NULA la Resolución No. RDP 014478 del seis (6) de noviembre de dos mil doce (2012) mediante la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P., Resuelve un Recurso de Apelación, confirmando en su totalidad el Acto Administrativo impugnado.

TERCERA: Declarar que mi mandante LEÓN GUILLERMO CARREÑO SUESCUN tiene derecho A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, a que UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P. le RELIQUIDE Y PAGUE su Pensión de Jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el ultimo año de servicios, lo cual nos arroja la cuantía legal en la suma de \$1'419.445,00, efectiva a partir del primero(01) de Julio de dos mil cinco (2005), fecha de retiro definitivo del servicio..."

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 4 a 7)

Asegura el demandante, que nació el día 02 de marzo de 1944, es decir, adquirió el status jurídico de pensionado el 02 de marzo de 1999 y laboró al servicio del Estado en las siguientes entidades:

- Departamento de Boyacá desde el 20 de agosto de 1975 al 29 de noviembre de 1978.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN desde e 16 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2005 (fecha en que se retiró del servicio).

Afirma que mediante Resolución N° 30143 de 20 de diciembre de 2004 CAJANAL EICE le reconoció su pensión de jubilación, condicionada al retiro del servicio. Una vez retirado le fue reliquidada mediante Resolución N° 47229 de 14 de septiembre de 2006 pero teniendo en cuenta los factores devengados en los últimos 10 años de servicio.

Sostiene que solicitó la reliquidación de la pensión, siéndole negada mediante Resolución RD 1610 de 27 de abril de 2012 y confirmada por la Resolución RDP 014478 de 6 de noviembre de 2012.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ALLEGADA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES — UGPP (fls. 343 - 348)

La entidad enjuiciada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que si bien es cierto a través de diferentes actos administrativos se negó la reliquidación de la pensión de vejez del accionante, también lo es que mediante Resolución UGM 16651 de 10 de diciembre de 2011 se reliquidó la pensión de jubilación en cumplimiento al fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, es decir que se reliquidó conforme los criterios establecidos por la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente, adujo el demandante adquirió el status de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, se encuentra inmerso en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la precitada ley, así pues, al comprender el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, el tiempo de servicio necesario y un monto de pensión equivalente al 75%, se fuerza a concluir que el reconocimiento pensional efectuado se realizó conforme a derecho.

Finalmente, precisó que la ley que regula el tema taxativamente enumera los factores salariales con los que se debe calcular el ingreso base de liquidación para otorgar la pensión de los empleados oficiales y, que los aquí pedidos por el actor no están consignados allí, por tanto, la entidad demandada no puede extralimitarse en su labor incumpliendo la normatividad establecida por el legislador y vigente al momento de expedición de los actos acusados.

Propuso como excepciones las que denominó:

-"Inexistencia de la Obligación o Cobro de lo no Debido":

Alegó que dicha entidad reconoció la pensión de jubilación al actor en la cuantía y fecha señalados en el libelo de la demanda y se calculó con base en la normatividad vigente, además se tuvo en cuenta que el actor se rige por el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, lo cual permite concluir que los factores salariales pretendidos por el demandante no pueden ser incluidos en la liquidación pensional.

-"Inexistencia de Vulneración de Principios Constitucionales y Legales":

Sostiene que no ha incurrido en las violaciones que se endilgan en el libelo demandatorio, por cuanto, no es cierto que con su actuar se vulneren derechos fundamentales o económicos del actor, por el contrario, está cumpliendo con las normas que rigen la materia.

-“Falta de agotamiento de la vía gubernativa

Señala que el actor no agotó en debida forma la vía gubernativa, contra las resoluciones demandadas, habida cuenta que nunca interpuso los recursos consagrados en la ley de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, debiéndose rechazar la demanda por adolecer de dicho requisito, conforme lo prescribe el artículo 143 ibídem.

-"Prescripción":

De resolverse a favor del demandante, solicitó que se dé aplicación a la figura mencionada, de conformidad al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, es decir, declara la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres (3) años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

-"Genérica o Innominada":

Propone cualquier medio exceptivo que se advierta, pruebe o configure durante el curso del proceso.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de mayo de 2015, el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, profirió sentencia de primera instancia. En ella accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de las Resoluciones RDP 001610 de 27 de abril de 2012 y RDP 14478 de 06 de noviembre de 2012.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P. reliquidar la pensión de jubilación la pensión de jubilación en monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio incluyendo además de los ya reconocidos en la Resolución UGM 16651 de 10 de noviembre de 2011, las primas de servicios, navidad y vacaciones; declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de marzo de 2009 y ordenó realizar los descuentos por aportes respecto de los factores que se ordenaron incluir y se abstuvo de condenar en costas.

La anterior decisión estuvo sustentada en los siguientes argumentos:

Para empezar, reseñó que el demandante al 1º de abril de 1994 contaba con más de 50 años de edad y 15 años de servicio encontrándose cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable lo preceptuado en las Leyes 33 y 62 de 1985, esto es liquidando la

prestación con el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Continuó su argumentación para señalar que el actor adquirió su status pensional el 02 de marzo de 1999, percibiendo en el último año de servicios los siguientes emolumentos: Asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, vacaciones y prima de navidad, sin embargo, para efectos del reconocimiento de su pensión de jubilación, efectuado a través de la Resolución N° 30143 de 20 de diciembre de 2004, solo se tuvieron en cuenta la bonificación por servicios prestados y la asignación básica.

Relató que mediante Resolución UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se vuelve a reliquidar la prestación con la inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados devengados en el último año de servicios.

Partiendo de las anteriores premisas, concluyó que la mesada pensional del asegurado debía liquidarse además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, con las primas de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto estas también tienen el carácter de salariales.

Excluyó de la liquidación la bonificación por recreación y las vacaciones, en la medida que no constituyen factores salariales.

Frente a la excepción de prescripción, encontró que el asegurado presentó petición de reliquidación de su pensión el 26 de marzo de 2012, quedando interrumpido la prescripción de las mesadas causadas a partir del 26 de marzo de 2009.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Oportunamente la parte demandada presentó recurso de apelación buscando que se revoque la sentencia de 21 de mayo de 2015, bajo los siguientes argumentos (fls.729 a 738):

Indica que al momento de liquidar la prestación del señor León Guillermo Carreño Suescún, procedió con total apego a la ley, reconociendo que el actor se encontraba dentro del régimen de transición, respetando los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y el monto de la prestación **pero con la inclusión de los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 devengados en los últimos 10 años.**

Disiente de la decisión de primera instancia, argumentando que las pensiones de los empleados públicos, de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes y por ello no es procedente la reliquidación con la inclusión de factores sobre los cuales no se han efectuado aportes, siendo un imperativo apegarse a los factores reseñados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Reseñó que la Corte Constitucional realizó un nuevo análisis sobre la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, que de manera breve concluyeron que las liquidaciones se realizan con la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión del régimen anterior, sin que pueda considerarse que el ingreso base de liquidación se calcula de la misma forma porque este no fue un aspecto sometido a transición, sino por el contrario lo que buscó el legislador fue unificar las reglas de IBL la creación de reglas uniformes que eliminaran los privilegios injustificados y aseguraran la sostenibilidad financiera del sistema.

Así mismo, resumió que en la mencionada sentencia emite un imperativo de ineludible cumplimiento, cuyo fundamento radica en la aplicación de un criterio y general consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados en garantía de los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral.

Se concluye entonces, que el recurso de alzada se contrae únicamente los relacionado con el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, en dos aspectos; Factores salariales a incluir y periodo de cotización sobre el cual se efectúa la liquidación.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del CPACA, así: a través de auto del 03 de septiembre de 2015 (fl. 753) el Tribunal admitió la apelación y posteriormente, el 06 de octubre de 2015 (fl. 760), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días y vencido éste, corrió traslado al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto.

4.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

La parte demandante reiteró lo consignado en el libelo demandatorio, aduciendo que el actor se encuentra amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por lo que se debe aplicar la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, debiéndose liquidar la prestación aplicando una tasa de reemplazo del 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios y con la inclusión de los siguientes emolumentos:

Asignación básica
Factor salarial vacaciones
Bonificación por servicios prestados
Prima de servicios
Prima de navidad
Bonificación por recreación.

La demandada, por su parte, de forma breve resumió los puntos de la sentencia de primera instancia que causaron inconformismo y que en su momento fueron expuestos en el escrito contentivo del recurso de alzada.

4.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público, a través de escrito visible a folios 770 a 773, abogó por la confirmación de la sentencia de primera instancia; apoyó su concepto en los siguientes argumentos:

Señala que el pronunciamiento del Consejo de Estado, del 04 de agosto de 2010, constituye un derrotero para liquidar la pensión de jubilación del actor, en la medida que se encuentra cobijado por el régimen de transición siendo aplicable al caso en concreto las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985.

Reprochó que la entidad demandada alegue la vulneración al principio de sostenibilidad presupuestal del sistema para negar el derecho del actor, por cuanto las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, en la medida que el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la auto sostenibilidad del sistema.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad a lo establecido en los artículos 243 y 247 del C.P.A.C.A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por lo que procede a resolver de fondo.

Surtidas a cabalidad las etapas procesales de esta instancia y al establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, es el momento de dirimir la misma y proferir decisión de fondo.

5.2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae a determinar si el señor León Guillermo Carreño Suescún, le asiste el derecho a que en la liquidación de la mesada pensional se le incluya las primas de servicios, vacaciones y navidad devengadas en el último año de servicio y que no fuere tenida en cuenta en la Resolución N° UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011, por medio de la cual se dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

5.3 TESIS DE LA SALA

Revisado el fundamento fáctico, normativo y jurisprudencial que rodea el caso de autos, la Sala considera que el demandante le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación **con la inclusión de las primas de servicios, vacaciones y navidad** y los demás factores ya reconocidos en la Resolución N° UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011, los cuales percibió en el último año previo al retiro del servicio comprendido entre el **01 de julio de 2004 y el 30 de junio de 2005**.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

5.4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

5.4.1 MARCO LEGAL

Para dirimir la controversia planteada, la Sala estima pertinente realizar un recuento normativo a efecto de establecer el régimen pensional aplicable a la actora, que determinará si dentro de los factores computables para liquidar su mesada pensional se encuentran incluidos los reclamados en el libelo inicial.

La pensión de jubilación es un derecho económico de carácter social reconocido en el inciso 3 del artículo 53 de la Constitución Política, como garantía a cargo del Estado, el cual debe hacer el reconocimiento oportuno y el reajuste periódico.

A su vez, el legislador a través de la Ley 100 de 1993 estableció un Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones propuesto para extinguir todos otros aquellos regímenes pensionales existentes con antelación, buscando unificar las condiciones entre los afiliados de uno u otro, así como, la creación de previsiones jurídicas suficientes para garantizar sus derechos y la financiación sostenible del sistema.

No obstante lo anterior, a través del artículo 36 ibídem, también fijó un régimen de transición, dirigido a proteger la expectativa de derecho de aquellas personas que por su condición de edad o tiempo de servicios, se encontraban próximas para adquirir su estatus pensional. El inciso 2° de la norma en cita señala que si a

primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), fecha de entrada en vigencia de la disposición en comento, las mujeres tenían treinta y cinco (35) años de edad y los hombres cuarenta (40) años, o en su defecto quince (15) años de servicios, los requisitos para acceder a la pensión se regían por el régimen anterior.

Así las cosas, para el caso de los empleados públicos, venía rigiendo como norma pensional la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad. Esta normatividad contemplaba que el empleado público que acreditara 20 años continuos o discontinuos de servicios y 55 años de edad, tenía derecho a una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.**

Empero, es del caso precisar que este régimen pensional es aplicable a los empleados públicos de todos los órdenes, excepto a aquellos que: i) a la fecha de entrar a regir dicha norma hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplican las disposiciones que regían con anterioridad; ii) a los que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción legal y aquellos que disfruten de un régimen especial; y iii) a los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación quienes como ya se advirtió se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

De otra parte, frente a los factores a incluir en la liquidación de la prestación, la Ley 62 de 1985 modificó el artículo 3º de la Ley 33, y dispuso que los empleados afiliados a una caja de previsión social, le asistía la obligación de efectuar los correspondientes aportes para la financiación de la prestación pensional. La norma señaló, que para calcular dicho aporte la base de liquidación estaría conformada por los siguientes factores:

- ✓ Asignación básica.
- ✓ Gastos de representación.
- ✓ Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- ✓ Dominicales y feriados.
- ✓ Horas extras.
- ✓ Bonificación por servicios prestados.
- ✓ Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto Nacional Reglamentario 691 de 1994, por medio del cual se dispuso incorporar los servidores públicos al Sistema General de Pensiones. El artículo 6º ibídem, modificado por el artículo 1º del Decreto Nacional 1158 de 1994, señaló que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, se constituiría por los

siguientes factores, siendo en consecuencia, los que se tendrían en cuenta al momento de calcular el ingreso base de liquidación IBL:

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

De la preceptiva analizada, se concluye entonces que tanto para el cálculo del ingreso base de cotización como del ingreso base de liquidación, solo se tendrían en cuenta los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de servicios, posición que ha sido aplicada de manera inveterada por las administradoras de pensiones.

5.4.2 MARCO JURISPRUDENCIAL

Fijado así el marco legal, procederá la Sala a realizar un análisis de las principales decisiones proferidas tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, toda vez que no ha sido pacífica la discusión frente a la aplicación del régimen pensional en comento.

Para comenzar este recuento habrá de indicarse que mediante sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010)¹, se fijaron las reglas y condiciones que se debían seguir para el reconocimiento y pago de pensiones de empleados públicos, estableciendo que frente a los beneficiarios del régimen de transición y que se encontraran cobijados por la Ley 33 de 1985, la pensión de jubilación debía liquidarse con el **75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

Para arribar a tal conclusión, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, partió de analizar la cláusula constitucional contenida en el artículo 53, en virtud de la 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 beneficiarios, dando origen al principio de progresividad del sistema de pensiones.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. 2006-7509.

Con génesis en dicho principio, analizó las disposiciones contenidas en el artículo primero (1º) de la Ley 62 de 1985, modificatorio del artículo tercero (3º) de la Ley 33, concluyendo que fijar como regla general la taxatividad de los factores enlistados en el artículo 62 para liquidar el ingreso base de liquidación comportaría *patente de corso* para la regresividad de los derechos sociales de los ciudadanos, ya menguados a través del tiempo.

Con fundamento en dicha premisa, procedió a señalar que los factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, no tenían el carácter de taxativos, sino por el contrario, eran meramente enunciativos, por lo cual se permite la inclusión de otros factores diferentes a los allí en señalados.

Corolario de lo anterior, dispuso que para la integración del ingreso base de liquidación se debían incluir todos aquellos factores que tuvieran en carácter de salarial, comprendidos estos como todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de su denominación.

Posteriormente, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-258 de siete (7) de mayo de dos mil trece (2013), al analizar por vía de acción de inconstitucionalidad el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992², declaró la inexecutable de expresiones *“durante el último año y por todo concepto”*, *“y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”* contenidas en primer inciso y la expresión *“por todo concepto”*, contenida en su párrafo.

Al respecto, el Máximo Tribunal Constitucional, precisó que:

“Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.”

En lo que respecta a la aplicación y los efectos de la sentencia, adicionó:

² “El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores.

Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

“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 otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.”

(Negritas extratexto)

Como se observa, a pesar que se declaró la inexecutable de la expresión “durante el último año” contenida en primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y la expresión “por todo concepto”, de su parágrafo, es claro, que el pronunciamiento señaló expresamente que la decisión no se extendería a los demás regímenes, como es el caso del contenido en la Ley 33 de 1985.

En la sentencia SU-230 de veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015), la Corte Constitucional nuevamente se ocupa del régimen de transición, esta vez al revisar un fallo de tutela proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, donde se estudiaba una decisión judicial proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un asunto similar al que nos ocupa.

Tras analizar la situación fáctica y jurídica, consideró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, generando un precedente frente a la interpretación de este, y por ende, extensible a todos los beneficiarios de regímenes especiales. Indicó que la aplicación del régimen de transición consiste en un beneficio destinado a quienes haciendo parte de un régimen especial tienen derecho a la aplicación ultractiva de los requisitos de dicho régimen, pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero sin que comprenda el ingreso base de liquidación, por cuanto no había sido contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en dichas consideraciones, acogió la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que la liquidación de la mesada pensional debe realizarse con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º Ley 33 de 1985).

No obstante lo anterior, en sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente radicado con el número 2013 – 1541, se apartó de la postura adoptada por la Corte Constitucional en sentencia SU - 230 de 2015,

al fijar como precedente para el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones del sector público pertenecientes al régimen de transición, lo dicho por esa misma Corporación en sentencia C - 258 de 2013.

Lo anterior, por considerar que en el citado examen de constitucionalidad lo que se revisó fue un régimen pensional altamente privilegiado, este es, aquel contemplado en la Ley 4ª de 1992, aplicable a Congresistas, Magistrados de Altas Cortes, entre otros, donde en aras de garantizar los principios de sostenibilidad financiera e igualdad consagrados en la Constitución Política de Colombia, las pensiones cobijadas por ese régimen y la transición, se reconocerían respetando la edad, tiempo, y monto del régimen anterior, pero frente a éste último, conforme a las reglas indicadas en la Ley 100 de 1993.

Se trata pues, de una variación interpretativa en cuanto al contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la que de acatarse y aplicarse a regímenes diferentes al establecido en la ley 4ª de 1992, afectaría el derecho de igualdad de aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición que se encuentran a la espera de una decisión judicial o administrativa para obtener su derecho, pues en contraposición con estos, aquellos que ya han sido pensionados y favorecidos con la forma tradicional de liquidar el monto de la base, a partir del pronunciamiento de dicha decisión, no estarán cubiertos por todas las condiciones del régimen de transición a que sí tuvieron derecho los primeros.

Así pues, concluyó, que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenden la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), por tanto, la única excepción a este criterio se encuentra en la Ley 4ª y los argumentos ya mencionados respecto al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió, no pudiéndose predicar de manera generalizada a las demás pensiones del sector público como expresamente lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013.

Recordó, que en ninguna de las acciones de tutela en las que la Jurisdicción Contencioso Administrativa haya sido accionada, la H. Corte Constitucional rechazó expresamente la postura adoptada por esa Corporación frente al punto, por el contrario, la interpretación ha sido compartida tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, por lo que no resulta lógico con los referidos principios el cambio jurisprudencial pretendido con la sentencia SU-230 de 2015.

Para complementar su posición, refirió que la sentencia analizada tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, avalando la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria, no siendo aplicable a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Precisa la Sala, que a partir de lo dispuesto en los artículos 102 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado posee función unificadora frente a los asuntos que por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, requieran la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, sin perjuicio de la competencia de la Corte Constitucional.

Expuesto lo anterior, considera la Sala, que si bien es cierto existen posiciones contrapuestas en los pronunciamientos proferidos tanto por la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se acogerá la posición asumida por este último, por cuanto dicha Corporación es el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y superior jerárquico de esta colegiatura.

5.5. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- Copia de la cedula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del señor León Guillermo Carreño Suescún, donde indica que nació el **2 de marzo de 1944** (folios 75 y 76 respectivamente).
- Copia de la Resolución 30143 del 20 de diciembre de 2004 por medio de la cual CAJANAL EICE reconoce pensión de jubilación al señor León Guillermo Carreño Suescún bajo el amparo del régimen de transición, con un monto de 75% del promedio de la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados** devengados en el tiempo que le hacía falta para pensionarse (folios 122-127)
- Copia de la Resolución 04397 de 03 de junio de 2005 expedida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales por medio de la cual se retira del servicio al señor León Guillermo Carreño Suescún a partir del 01 de julio de 2005 (folios 147-148).
- Copia de la Resolución 0043 de 03 de enero de 2006, expedida por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CAJANAL EICE por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición confirmando la Resolución 30143 del 20 de diciembre de 2004 (folios 118-120).
- Copia de la Resolución 47229 de 14 de septiembre de 2006 por medio de la cual se liquida la pensión de jubilación **por retiro de servicio** con un monto de 75% del promedio de la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados** devengados en los últimos 10 años de servicio, efectiva a partir del 1º de julio de 2005. Señala que el asegurado laboró al servicio del Departamento de Boyacá desde el **20 de agosto de 1975 al 29 de noviembre de 1978** y en la DIAN desde el **16 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2005** (folios 168-172).

- Copia del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Tunja, el 31 de agosto de 2009, dentro del proceso radicado 2006-02985 adelantado por el señor León Guillermo Carreño Suescún contra Cajanal, dentro del cual se negaron las pretensiones de reliquidación de la demanda (folios 223-241).
- Copia del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 23 de junio de 2010, dentro del proceso radicado 2006-02985, por el cual se revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de las Resoluciones N° 030143 de 20 de diciembre de 2004 y N° 0043 de 03 de enero de 2006.

A título de restablecimiento del servicio ordenó reliquidar la mesada pensional con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio comprendido entre el **01 de enero de 2003 y el 30 de diciembre de 2003** incluyendo como factores la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados** (folios 245-269).

- Copia de la Resolución PAP 026691 de 22 de noviembre de 2010 por medio de la cual se niega una solicitud de reliquidación pensional elevada por el señor León Guillermo Carreño Suescún (folios 277-279).
- Copia de la Resolución UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011 por medio de la cual se da cumplimiento al fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, reliquidando la pensión de jubilación con el 75% del promedio de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados devengados en el último año de servicios, es decir, desde el 01 de julio de 2004 al 30 de junio de 2005 (folios 315 - 320).
- Copia del escrito radicado N° 2012-722-080729-2 de 26 de marzo de 2012, por medio de la cual el señor León Guillermo Carreño Suescún solicita la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (folios 18-20).
- Copia de la Resolución RDP 001610 de 27 de abril de 2012, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales, por medio del cual se niega la solicitud de reliquidación pensional (folios 21-24)
- Copia del escrito radicado N° 2012-722-131273-2 de 14 de mayo de 2012 por medio de la cual se interpone recurso de apelación contra la Resolución RDP 001610 de 27 de abril de 2012 (folios 26-28).
- Copia de la Resolución RDP 014478 de 06 de noviembre de 2012, expedida por el Director de Pensiones de la UGPP por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación y se confirma la RDP 001610 de 27 de abril de 2012 (folios 29-32).

- Copia de la certificación expedida el 27 de julio de 2005 por el Subsecretario de Personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, donde hace constar que el señor León Guillermo Carreño Suescún laboró en esa entidad en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II, Nivel 31, Grado 22 desde el 16 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2005.
- Copia de la certificación de sueldos expedida el 11 de julio de 2005 por la Jefe de la División de Recursos Físicos y Financieros y el Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja³, donde se evidencia que el señor León Guillermo Carreño Suescún devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios comprendido entre el **01 de julio de 2004 al 30 de junio de 2005**:
 - Asignación básica
 - Prima de servicios
 - Prima de vacaciones
 - Bonificación por servicios prestados
 - Bonificación por recreación
 - Vacaciones
 - Factor salarial vacaciones
 - Prima de navidad

5.6. CASO CONCRETO

Del acervo probatorio obrante en el expediente se encuentra acreditado que el señor León Guillermo Carreño Suescún nació el **2 de marzo de 1944** y laboró al servicio del Departamento de Boyacá desde el **20 de agosto de 1975 al 29 de noviembre de 1978** y en la DIAN desde el **16 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 2005** (folios 168-172), por lo que al 1º de abril 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen de transición, **contaba con 50 años de edad y 18 años de servicio**, adquiriendo en consecuencia **el status de pensionado el 2 de marzo de 1999**.

A través de Resolución 30143 del 20 de diciembre de 2004 la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL reconoció la pensión de jubilación del señor León Guillermo Carreño Suescún bajo el amparo del régimen de transición y en consecuencia liquidó la mesada pensional con el 75% del promedio de la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados** devengados en el tiempo que le hacía falta para pensionarse, pero condicionada al retiro del servicio. (folios 122-127).

³ Folios 34-40

Mediante **Resolución N° 47229 de 14 de septiembre de 2006**, CAJANAL EICE reliquidó la pensión de jubilación aplicando como tasa de reemplazo el 75% del promedio de la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados** devengados en los últimos 10 años de servicio, efectiva a partir del 1° de julio de 2005 (día siguiente al retiro).

No obstante lo anterior, el asegurado adelantó demanda por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio, y mediante fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 23 de junio de 2010, ordenó reliquidar la mesada pensional con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio comprendido entre el **01 de enero de 2003 y el 30 de diciembre de 2003** incluyendo como factores la **asignación básica y la bonificación por servicios prestados**.

Para dar cumplimiento a la orden judicial, CAJANAL EICE expidió la Resolución UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011, reliquidando la prestación con el **75% del promedio de la asignación básica y la bonificación por recreación devengadas en el último año de servicios**, es decir desde el desde el **01 de julio de 2004 al 30 de junio de 2005**.

Sin embargo, de la certificación de salarios, visible a folios 34-40, se denota que el actor devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicios comprendido entre el **01 de julio de 2004 al 30 de junio de 2005**:

- Asignación básica
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones
- Bonificación por servicios prestados
- Bonificación por recreación
- Vacaciones
- Factor salarial vacaciones
- Prima de navidad

De todo lo anterior, destaca la Sala, que si bien es cierto el Tribunal Administrativo de Boyacá sólo ordenó la reliquidación de la prestación con la inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, también lo es que dicha providencia fue expedida con anterioridad a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se fijó el derrotero para la liquidación de las pensiones reguladas por la Ley 33 de 1985, siendo procedente la inclusión de nuevos factores, en aplicación del principio de igualdad y progresividad del sistema general de pensiones.

En consecuencia, se evidencia que además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, el actor devengó otros emolumentos que

constituyen factor salarial, esto es **primas de servicios, navidad y vacaciones**, las cuales conforme quedó sustentado en el acápite de marco legal y jurisprudencia tienen la vocación para ser tenidas en cuenta al momento de calcular la mesada pensional en el caso bajo estudio.

Expuesto lo anterior, la Sala despachará desfavorablemente el recurso interpuesto por la parte demandada como quiera que resulta evidente que al demandante le asiste derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., reliquide su pensión de jubilación calculando el IBL con el 75% del promedio de los factores salariales ya incluidos en la Resolución N° UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011 y además **las doceavas de las primas de servicios, navidad y vacaciones**, devengados en el último año de servicio comprendido entre el **01 de julio de 2004 al 30 de junio de 2005**.

Frente a la bonificación por recreación y vacaciones, como bien lo señaló el A quo, y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en la medida que no tienen el carácter de factor salarial no deben incluirse en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación. En relación al emolumento denominado “factor salarial vacaciones” en la medida que no fue reconocido en primera instancia, así como tampoco fue apelada la decisión por la parte demandante y no logra determinarse su origen no se ordenará la inclusión.

No obstante lo anterior, sin perjuicio del principio de *no reformatio in pejus*, la Sala modificará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia como quiera que se ordenó a la UGPP que reliquidara la pensión de jubilación del actor, con la inclusión de la prima de servicios, de navidad y de vacaciones a partir del 26 de marzo de 2009 **“por prescripción extintiva del derecho”**. Al respecto, habrá que señalar que el derecho pensional no prescribe como quiera que se trata de derechos imprescriptibles e irrenunciables tal como lo señaló el art. 48 de la Constitución Política de 1991, luego, debe dejarse claro que la prescripción en el caso de autos, opera respecto a las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir por el actor más no respecto al derecho pensional en sí mismo.

Por lo expuesto, esta Corporación modificará la decisión de primera instancia.

Del descuento de los aportes

De otra parte, la Sala precisa que en relación a los aportes incluidos por orden de esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal al sistema general de pensiones, como lo ha señalado la Corte Constitucional⁴ y el Consejo de Estado⁵, existe la obligación tanto por parte del empleado como del empleador

⁴ Sentencia C-711-2011. M.P. Jaime Araujo Rentería

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13).

de realizar el pago sobre estos, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

En tal sentido esta colegiatura mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2016⁶, precisó que en la medida que dichos recursos tienen el carácter de parafiscal, la acción de cobro está sometida al término prescriptivo fijado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, esto es cinco (5) años contados a partir de su exigibilidad, que para el caso del pensionado corresponden al tiempo anterior al retiro del servicio.

No obstante lo anterior, precisó que el descuento queda condicionado a que respecto del demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Ahora, como en el caso bajo estudio los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **01 de julio de 2000 y el 30 de junio de 2005** período para el cual, en materia de aportes para pensión se aplicaba lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y a partir del 01 de abril de 1994 el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En el caso del empleador al no estar vinculado a la presente acción, la demandada deberá adelantar el correspondiente cobro de acuerdo a sus competencias y el procedimiento legal aplicable.

5.7 COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Finalmente, frente a las costas procesales de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del art. 365 del CGP aplicado por remisión expresa del art. 188 del CPACA, cuando la demanda prospere parcialmente el juez se puede abstenerse de condenar en costas.

Teniendo en cuenta la demanda prosperó parcialmente, por cuanto el a quo declaró la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala N° 3, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Exp. 2014-00096.

FALLA:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2015 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, el cual quedará así:

*“CUARTO: A título de restablecimiento del derecho la UGPP reliquidará la pensión de jubilación reconocida al actor, en el momento equivalente al 75% del promedio del salario devengado en el último año de prestación de servicios comprendido entre el 30 de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2005 para lo cual tendrá en cuenta además de los factores salariales tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión efectuada en la Resolución No. UGM 016651 de 10 de noviembre de 2011, la **prima de servicios, prima de navidad y prima de vacación**, efectivamente devengados por el demandante a partir del 26 de marzo de 2009 por configuración de la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la precitada fecha.*

*De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas. Ordenar a la Unidad de Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P. realizar al pensionado los descuentos de los aportes, que no se hubieren efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de vida laboral, comprendido entre el **01 de julio de 2000 y el 30 de junio de 2005**, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado mes a mes. El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.*

Las sumas resultantes de los aportes a la seguridad social en pensiones serán indexadas conforme al IPC.”

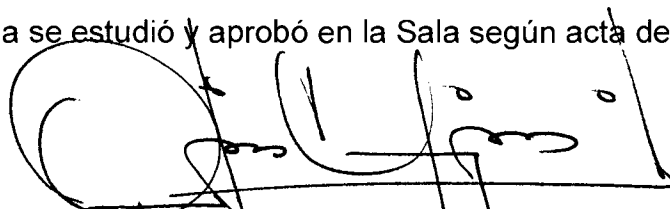
SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de mayo de 2015 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

TERCERO.- Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO.- Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada


FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

GOBIERNO ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El caso anterior se notifica por estado
No. 78 de hoy. 12 MAY 2016
EL SECRETARIO 