



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00317-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: APOLINAR CANTOR SÁNCHEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Tema: Indexación de primera mesada, inclusión de bonificación de servicios y aumento del IBL.

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor APOLINAR CANTOR SÁNCHEZ en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, radicado con el No. 73-001-33-33-004-2016-00317-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (fol. 54 y s.s.):

***"Segunda:** Declárese la nulidad de la Resolución 42298 de fecha 1º de diciembre de 2005, con la que se niega la reliquidación de la pensión de vejez de acuerdo a la petición elevada el 24 de mayo de 2005, por ser contraria a derecho, no contener la bonificación por servicios prestados y la actualización o indexación entre los años 1996 a 2001.*

***Tercera:** Declárese la Nulidad de la Resolución RDP 046907 de 11 de noviembre de 2015 con la que se niega la reliquidación de la pensión de vejez de mi agenciado Apolinar Cantor Sánchez, por ser contraria a derecho y no contener los factores salariales correspondientes ni la actualización entre los años 1996 a 2001.*

***Cuarta:** Declárese la nulidad de la Resolución RDP 006628 de 16 de febrero de 2016 que decide el recurso de reposición y confirma la Resolución 28285 de 2 de*

noviembre de 2001, por ser contraria a derecho y no contener los factores salariales correspondientes ni la actualización entre los años 1996 a 2001.

Quinta: *Declárese la nulidad de la Resolución RDP 010173 de 4 de marzo de 2016 que decide el Recurso de Apelación y confirma la Resolución RDP 046907 de 11 de noviembre de 2015, por ser contraria a derecho y no contener los factores salariales correspondientes ni la actualización entre los años 1996 a 2001.*

Sexta: *Declárese que a mi representado Apolinar Cantor Sánchez, se le debe restablecer el derecho del numeral primero (1º) de la Resolución 23825 del 2 de Octubre de 2001, por el valor que esté debidamente actualizado con todos los factores salariales y la actualización entre los años 1996 a 2001.*

Séptima: *Consecuencialmente, a título de Restablecimiento de Derecho, se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" que realice la reliquidación y el pago de los valores retroactivos dejados de percibir desde la fecha de la primera mesada pensional (enero 8 de 2001) hasta la fecha en que se va a empezar a cancelar el derecho económico.*

Octava: *Como consecuencia de la liquidación, y el resultante de valor que no se le ha cancelado a Apolinar Cantor Sánchez, ordénese el pago de la suma de cuatrocientos tres mil ochocientos ochenta y siete pesos con 51/100 M/Cte (\$403.887.51), a partir del 8 de enero de 2001, o el valor que resulte probado.*

Novena: *Sobre cada uno de los pagos, descuéntese el valor con el que inició y seguidamente mes a mes hasta la fecha de liquidación a título de compensación.*

Decima: *A la diferencia de los valores que arroje la liquidación, aplíquese la indexación mes a mes desde su causación y hasta la fecha en que ocurra su pago.*

Décima primera: *Declárese la nulidad de todos los actos administrativos fictos y presuntos que se surtan con posterioridad a esta demanda y se restablezca el derecho de todas las actuaciones que no estén conformes a derecho.*

Décima segunda: *Seguidamente se incorpore a la nueva Resolución, todos los factores salariales correspondientes, determinando cual es el valor con el que debe continuar pensionado a futuro mi agenciado Apolinar Cantor Sánchez una vez se dicte sentencia.*

Décima tercera: *Por efecto de la ley y a causa del reconocimiento del reajuste de la primera mesada pensional de Apolinar Cantor Sánchez, que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", inicie el proceso de recobro, sobre los valores que la Secretaría de Salud no le pagó por el cubrimiento de la pensión de mi agenciado.*

Décima cuarta: *Condénese en costas procesales, incluidas las agencias en derecho que hubiere lugar".*

2. Fundamentos fácticos

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos relevantes (fol. 51 y s.s.):

1. Que mediante Resolución No. 23285 del 02 de octubre de 2001 se reconoció al demandante pensión de vejez a partir del 08 de enero del mismo año, con inclusión de la asignación básica y las horas extras devengadas entre los años 1994 a 1996, con un ingreso base de liquidación del 75%.
2. Que en la liquidación de la pensión del demandante no se tuvo en cuenta la bonificación por servicios prestados devengada por el demandante durante los años de 1991 a 1996 y se liquidó tomando el IBL del año 1996, pese a que la pensión se reconoció en el año 2001.
3. Que de conformidad con el certificado de salarios, el demandante además de devengar la bonificación por servicios, en el año 1995 devengó prima de antigüedad, ascensional y de capacitación, las cuales, constituyen factor salarial.
4. Que a través de las Resoluciones No. 42298 del 01 de diciembre de 2005, RDP 046907 del 11 de noviembre de 2015. 006628 del 16 de febrero de 2016 y 010173 del 04 de marzo de 2016, se negó al demandante la reliquidación de su pensión de vejez y la indexación de la primera mesada.
5. Que entre al año 1996 y el año 2001 no se le actualizó el valor del ingreso base de liquidación, aplicándose un IPC que no corresponde al que arroja el DANE.
6. Que de acuerdo a las semanas cotizadas, el demandante tenía derecho a que su pensión fuera liquidada con el 80% de la totalidad de los factores salariales devengados.

3. Contestación de la demanda- UGPP (Fls. 84 y s.s.).

Señaló que la Entidad con su actuar honró el debido proceso, amén de ceñirse en todo caso a los métodos y procedimientos establecidos por la Ley para la Liquidación de las pensiones de los beneficiarios del Régimen de Transición.

Presentó las excepciones de mérito de: *Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante; cobro de lo no debido; buena fe; inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales; prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda.*

4. Actuación procesal

Presentado el proceso ante la oficina judicial el día 06 de septiembre de 2016 (fl.66), correspondió su reparto a este Juzgado, quien mediante auto de fecha 24 de octubre del mismo año, admitió la demanda (fls. 67 y s.s.).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 72 y s.s.) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó la demanda, propuso excepciones y allegó las respectivas pruebas que pretendía hacer valer (fls 84 y s.s.).

Luego, mediante providencia del 27 de junio de 2017 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 128), la cual, se llevó a cabo el día 21 de septiembre de 2017, declarándose probada la excepción previa de inepta demanda parcial frente a la Resolución No. 23285 del 02 de octubre de 2001, decisión en contra de la cual, se interpuso y sustento recurso de apelación por parte del apoderado del demandante.

Así, con proveído de fecha 26 de enero de 2018 el H. Tribunal Administrativo del Tolima, confirmó el auto apelado y ordenó continuar el proceso frente a las demás pretensiones (fol. 141 y s.s.).

En consecuencia, con auto de fecha 09 de julio de 2018 se fijó fecha para la continuación de la audiencia inicial (fol. 149), que se llevó a cabo el día 09 de agosto de 2018, en la cual, el delegado del Ministerio Público solicitó que decretara una prueba de oficio con el fin de establecer si en el presente asunto se encontraba configurada la excepción previa de cosa juzgada frente a la Resolución No. 42298 de 2015, solicitud a la que accedió el Despacho (fls. 164 y s.s.)

Una vez recaudada la prueba decretada, con auto de fecha 06 de noviembre de 2018 se fijó fecha para continuar con la diligencia de audiencia inicial (fol. 170), la cual, se adelantó el día 13 de marzo de 2019 declarando no probada la excepción previa de cosa juzgada y agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma (fol. 176 y ss). Como no se hizo necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, y así mismo, por considerarlo procedente, se corrió traslado a las partes para que presentaran oralmente sus alegatos de conclusión, absteniéndose de indicar el sentido del fallo atendiendo los argumentos esbozados por las partes.

5. Alegatos de las partes

5.1. Parte demandante

Reiteró los argumentos de la demanda y solicitó que se accediera a las pretensiones de indexación de las mesadas e inclusión de la bonificación por servicios prestados.

5.2. Parte demandada- UGPP.

Señaló que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita se tenga en cuenta la actual postura del H. Consejo de Estado respecto de la aplicación del régimen de transición. Precisa a su vez, que la Entidad al momento de realizar el reconocimiento de la pensión, efectuó los correspondientes ajustes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar, si el demandante tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional, así como a la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor salarial y el aumento de un 5% de su monto pensional –del 75% al 80%- debido a la densidad de semanas cotizadas, o si por el contrario, los actos acusados que negaron el reconocimiento de los derechos peticionados por el actor, se encuentran ajustados a derecho.

3. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Se invocan como actos administrativos demandados:

- Resolución No. 42298 del 01 de diciembre de 2005.
- Resolución No. 046907 del 11 de noviembre de 2015.
- Resolución No. 006628 del 16 de febrero de 2016.

- Resolución No. 010173 del 04 de marzo de 2016.

4. FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el fondo del asunto, imperioso resulta efectuar un análisis de la evolución legal y jurisprudencial sobre el régimen pensional de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral"* se buscó eliminar la pluralidad de regímenes pensionales existentes para la época, integrándolos en un solo Sistema General de Pensiones, unificando los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones, tasa de reemplazo y monto de la pensión.

Sin embargo, la norma ibídem, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes ya estaban próximos a adquirir el derecho a pensión, estableció un **régimen de transición en su artículo 36**, que permitía la aplicación del régimen anterior al cual se encontraban afiliados a la fecha de su entrada en vigencia¹, manifestación que efectúa bajo el siguiente tenor literal:

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

Así, a quienes fueran beneficiarios del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, les sería aplicable, lo dispuesto en la **Ley 33 de 1985** (en el caso de los empleados públicos de todos los órdenes) la cual estableció que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendría derecho a que por la respectiva Caja de Previsión le pague una pensión mensual vitalicia de vejez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En el Parágrafo 2º del artículo 1º de la **Ley 33 de 1985**, también se consagró un régimen de transición para los empleados oficiales que al 13 de febrero de 1985 hubiesen cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se les continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la mencionada Ley.

¹ Para servidores públicos del orden nacional el 1º de abril de 1994 y para empleados del orden, municipal, departamental y distrital, el 30 de junio de 1995.

El artículo 3º de la norma a que se hace alusión, modificado por la **Ley 62 de 1985**, dispuso que para liquidar la pensión, se tendrían en cuenta, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Para las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, indicó que estas **siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes**.

En relación con la interpretación de esta norma, el Consejo de Estado, Sección Segunda -Sala Contencioso Administrativa del 04 de Agosto de 2010 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Nro. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), señaló que el listado de factores no era taxativo, sino que los mismos eran simplemente enunciativos, por lo que su señalamiento en el texto de la norma no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Agregó, que si el querer del legislador hubiese consistido en que las pensiones se liquidaran tomando como base los factores sobre los cuales se hubiesen efectuado aportes a la seguridad social, esto no conllevaría a que los factores que no han sido objeto de las deducciones de ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

Respecto a la base salarial y los factores para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han efectuado el siguiente análisis:

Como se mencionó, el Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010 (0112-09), que se acaba de reseñar, concluyó que los factores a tomar en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, para aquellas personas que se encuentran inmersas en el régimen de transición, contemplado en la Ley 100 de 1993, no son únicamente los taxativos de las leyes 62 y 33 de 1985, sino la totalidad de los mismos devengados en el último año de servicios.

La Corte Constitucional a través de la sentencia C- 258 de 2013, en postura ratificada en sentencia SU-230 de 15 de abril de 2015, estableció que el cálculo del ingreso base de liquidación (IBL) para todas las personas beneficiarias del régimen de transición sin distinción alguna, constituye la concesión de una prerrogativa que no previó el legislador al expedir la Ley 100, pues el beneficio otorgado, hace referencia únicamente a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.

Significa lo anterior, que para la Corte, el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, son las reglas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las que se deben aplicar para determinar el monto pensional de quienes son sus beneficiarios, con independencia del régimen especial al que pertenezcan.

Ahora bien, el Consejo de Estado, de manera pacífica, uniforme y reiterada, venía señalado que de conformidad al principio de inescindibilidad de la Ley, resultaba aplicable la norma anterior, tanto en los temas de edad, tiempo de servicio, como en la forma de liquidación de la referida pensión. Así lo determinó a través de proveído de fecha 25 de febrero de 2016, al señalar que no podía cambiarse el criterio que se ha aplicado en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto a que el monto pensional del régimen de transición de las personas que estuvieron vinculadas al sector oficial, se determinará con el 75% del ingreso salarial del último año de prestación de servicios, advirtiendo que la única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013. Señaló en aquella oportunidad la Alta Corporación:

“Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes

especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.”

Sin embargo, esa misma Corporación, a través de **Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto**² varió su criterio y acogió la tesis expuesta por la Honorable Corte Constitucional en las decisiones señaladas en precedencia, y señaló unas reglas de unificación jurisprudencial en lo que concierne al Ingreso Base de Liquidación contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que es aplicable para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición consagrado en el referido artículo y pensionadas con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del Régimen General de Pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

Ciertamente, al interior de la mentada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial, en relación con el IBL en el régimen de transición:

² Radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

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

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

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

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

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

Por último, se señaló por el órgano de cierre de ésta Jurisdicción en la precitada Sentencia de Unificación, que los parámetros allí contenidos –reglas y subreglas-, **serán aplicables a todos los casos que están en discusión tanto en vía administrativa como judicial**, y no son aplicables para los casos donde ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica.

Ateniendo entonces a la luz de las sentencias de unificación proferidas por la H. Corte Constitucional (SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018), que hicieron extensiva la aplicación de los criterios generales consagrados por esa misma Corporación en una sentencia de control de constitucionalidad (C-258 de 2013), para la determinación del ingreso base de liquidación bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a todos los cobijados por dicho beneficio, así como también, a las reglas de unificación jurisprudencial sobre el Ingreso Base de Liquidación aplicable a los beneficiarios del referido régimen de

transición, esbozadas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, el pasado 28 de agosto, este Despacho judicial pasará a resolver el caso concreto.

4.1. Caso Concreto

A través del presente asunto la parte demandante pretende la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor Apolinar Cantor Sánchez, incrementado el monto pensional del 75% al 80% del Ingreso Base de Liquidación, la inclusión de la bonificación por servicios dentro del IBL y la indexación de la primera mesada pensional.

1. Aplicación del monto pensional consagrado en la Ley 100 de 1993

Al interior del expediente se encuentra probado que el demandante nació el 08 de enero de 1946 (fol.11) y que laboró un tiempo total de servicios de 7800 días o 1.114 semanas cotizadas, comprendido entre el 01 de enero de 1975 al 31 de agosto de 1996 (fl.27).

Todo lo anterior permite establecer, que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma (1º de abril de 1994), contaba con 19 años de servicio y 48 años de edad, cumpliendo así con los requisitos alternativos que estableció el legislador para tal efecto, lo que sin dubitación alguna permite concluir que su pensión debía ser reconocida, tal y como ocurrió, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el monto, establecidos en el régimen anterior, que no es otro que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el cual establece:

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

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Ahora bien, pese a que el señor APOLINAR CANTOR SÁNCHEZ resulta ser beneficiario de la Ley 33 de 1985 de acuerdo al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a través del presente asunto se pretende que en

virtud del principio de favorabilidad le sea aplicada la Ley 100 de 1993, la cual, frente a los requisitos para obtener la pensión de vejez establece:

“ARTICULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo (...).”

En lo que atañe a la liquidación del monto de la pensión de vejez, el artículo 34 ibídem consagra:

ARTICULO 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementara en un 2 %, llegando a este tiempo de cotización al 73 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementara en 3 % en lugar del 2 %, hasta completar un monto máximo del 85 % del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85 % del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

Así las cosas, de un análisis comparativo de los regímenes pensionales antes reseñados, se desprenden las siguientes diferencias:

Requisitos Ley	Edad	Tiempo de servicios o de cotización	Monto de liquidación	IBL
Ley 33 de 1985	55 años hombres o mujeres	20 años continuos o discontinuos de servicios	75% del IBL	Si faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, será el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior. Si faltare más de 10 años será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se haya cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.
Ley 100 de 1993	55 años mujeres y 60 años hombres	1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo	1.000= 65% del IBL 1.050= 67% del IBL 1.100= 69% del IBL 1.150= 71% del IBL 1.200= 73% del IBL 1.250= 76% del IBL 1.300= 79% del IBL 1.350= 82% del IBL 1.400= 85% del IBL	

Efectuado lo anterior, pasa el Despacho a analizar si en efecto, el régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable para el demandante en atención al monto de liquidación aplicable de conformidad con el número de semanas cotizadas.

De conformidad con el certificado de información laboral visible a folio 27 del expediente, el demandante laboró desde el 01 de enero de 1975 hasta el 31 de agosto de 1996, para un total de 1114, sin que se encuentre acreditado dentro del expediente que hubiese realizado alguna cotización adicional.

En consecuencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, la tasa de reemplazo en la liquidación de la pensión de vejez del aquí demandante dando aplicación integral a dicha norma, sería equivalente al 69% del Ingreso Base de Liquidación, porcentaje que resulta ser muy inferior al reconocido en virtud de la Ley 33 de 1985, por la cual se le reconoció un monto pensional a una tasa de reemplazo del 75% del Ingreso Base de Liquidación.

Sumado a lo anterior, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, el demandante en lugar de pensionarse con 55 años de edad en aplicación de la Ley 33 de 1985, hubiese adquirido el derecho pensional en aplicación de la Ley 100 de 1993, a los 60 años de edad, lo que a su vez representaría un perjuicio para el demandante.

En virtud de lo expuesto, como quiera que al aquí demandante le resulta más favorable el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985, se despachará de manera desfavorable la pretensión encaminada a obtener la aplicación del régimen pensional señalado en la Ley 100 de 1993.

2. Inclusión de la Bonificación de Servicios en el IBL.

Ahora bien en lo que respecta a la inclusión de la bonificación por servicios prestados dentro del Ingreso Base de Liquidación, se halla probado que la Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL" EICE- En Liquidación, mediante Resolución No. **23285 del 02 de octubre de 2001** le reconoció al señor APOLINAR CANTOR SÁNCHEZ, pensión de vejez, por haber laborado 1.114 semanas y haber alcanzado los 55 años de edad, liquidando la misma con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 2 años y 5 meses, conforme a lo determinado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, arrojando una cuantía \$447.139.67, tomando como factor salarial únicamente la asignación básica, efectiva a partir del 08 de enero de 2001 (fol. 10-11)

Igualmente se encuentra acreditado que a través de las **Resoluciones No. 42298 del 07 de diciembre de 2005** y **RDP 046907 del 11 de noviembre de 2015** se negó al demandante la reliquidación de su pensión de vejez por nuevos factores salariales, siendo confirmada ésta última con las **Resoluciones No. RDP 006628 del 16 de febrero de 2016** y **RDP 010173 del 04 de marzo de 2016**.

Así las cosas, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el demandante contaba con 48 años de edad y 15 años de servicio, como fuera advertido en precedencia, se reitera que reúne los requisitos establecidos en el artículo 36 de la citada norma, para ser beneficiario del régimen de transición allí establecido, por lo cual, le resulta aplicable el régimen consagrado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el cual además le es más favorable.

De lo anterior se desprende, que el ingreso base de liquidación – IBL- de la pensión a reconocer con base en la normativa precitada, debía determinarse de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y con la inclusión de los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 en cuyo tenor literal dispone.

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;***
- b) Los gastos de representación;***
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;***
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;***
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;***
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;***
- g) La bonificación por servicios prestados" (Se destaca)***

Una vez revisado el plenario se advierte, que el demandante con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y durante el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho pensional, esto es, entre el 01 de abril de 1994 y el 31 de agosto

de 1996, devengó además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, según certificado de salarios mes a mes visto a folios 29 a 34.

En consecuencia, y aplicando los parámetros establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el Despacho advierte que en el presente asunto le asiste derecho al demandante a obtener la reliquidación de su pensión de vejez, con la inclusión de la **bonificación por servicios prestados**.

De conformidad con lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos administrativos impugnados, y se ordenará la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, tomando el 75% de los factores ya tenidos en cuenta, esto es asignación básica y horas extras y además de la bonificación por servicios prestados, devengdos durante los dos (2) años y cinco (5) meses anteriores a adquirir el derecho pensional, esto es, entre el 01 de abril de 1994 y el 31 de agosto de 1996, debiendo pagar las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que debe reconocer con ocasión de lo dispuesto en la presente sentencia

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

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3. Indexación de la primera mesada pensional.

La indexación ha sido entendida por el H. Consejo de Estado como el mecanismo que se utiliza, en aplicación de los principios de equidad y justicia, para revalorizar las obligaciones pensionales con el fin de traer a valor presente las sumas que han perdido su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo.

El reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional se dio especialmente a partir de la sentencia SU-120 de 2003 de la Corte Constitucional, en donde se indicó que la ausencia de la indexación, generaba una grave afectación al mínimo vital de las personas que por su avanzada edad y su condición de indefensión, son sujetos que merecen especial protección por parte del Estado. Además porque

son personas que “mes por mes reciben una suma significativamente inferior a la que tienen derecho y que no se compadece con el esfuerzo laboral que realizaron en su vida productiva”.

Frente a la indexación de la primera mesada pensional, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2013 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo:

“(…) En ese orden de ideas lo primero que se recuerda frente a la indexación de la primera mesada pensional, es que si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, que el trabajador no tiene porqué soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios (…)”³ (Subraya de la Subsección)

El máximo órgano de esta jurisdicción también ha sido clara en cuanto a que la indexación de la primera mesada *se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento.*⁴

De lo anterior se desprende, que el derecho a la indexación citada se causa cuando habiendo cumplido el requisito de tiempo de servicio, el beneficiario se retira sin haber acreditado el requisito de la edad, por lo que una vez acreditado este último, la administración procede a reconocer y liquidar la pensión de jubilación con los factores devengados en el último año de servicios, es decir, al momento del retiro, siempre y cuando entre el retiro y el cumplimiento del requisito de la edad haya transcurrido más de un año, pues solo en este evento se produce la depreciación de los valores.

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto del señor Apolinar Cantor Sánchez, se encuentra acreditado que nació el 1º de agosto de 1946 y se vinculó al servicio público desde el 1º de enero de 1975 (folio 27); luego, se tiene que cumplió con los requisitos exigidos por la Ley para acceder a la pensión de jubilación, así:

- Tiempo de servicios (20 años): 01 de enero de 1995.
- Requisito de edad (55 años): 08 de enero de 2001

³ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 7 de febrero de 2013. Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Demandante: María Stella Rojas de Beltrán. Demandado: Municipio de Palmira. Radicación 76001-23-31-000-2008-00785-01(0268-12).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación 760012331000200801205-01 (1995-11). Gersaín Daza contra el Municipio de Palmira (Valle del Cauca)

En ese sentido, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, como quiera que el demandante se retiró del servicio el 31 de agosto de 1996 y solo hasta el 08 de enero de 2001 cumplió el requisito de la edad, esto es, una vez transcurridos cuatro años, considera el Despacho que en el *sub lite* el demandante tenía derecho a la indexación de su primera mesada pensional.

Ahora bien, una vez revisado el acto administrativo de reconocimiento pensional contenido en la Resolución No. 23285 del 02 de octubre de 2001 visto a folios 10 a 11 del expediente, se evidencia que la Caja Nacional de Previsión Social al momento de reconocer dicha prestación actualizó la mesada pensional tomando para el efecto el porcentaje de variación anual aplicado para los años 1994 a 2000, así: 1994: 22.59, 1995: 19.46, 1996: 21.63, 1997: 17.68, 1998: 16.70, 1999: 9.23 y 2000: 8.75.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, el ajuste de la mesada pensional deberá realizarse según la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente a la fecha de retiro del demandante.

De lo anterior se desprende, que la fórmula de indexación aplicada por la Entidad demandada no corresponde a la jurisprudencialmente establecida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para la indexación de la primera mesada pensional, como quiera que al aplicar la variación porcentual de cada año se incurre en un yerro, ya que como fuera indicado en precedencia, se debe aplicar el guarismo que resulte de dividir el índice final que corresponde al vigente al momento del reconocimiento pensional sobre el índice inicial que es el existente a la fecha de retiro del demandante.

Así las cosas, dentro del presente asunto el Índice inicial corresponde al vigente al 31 de agosto de 1996 (fecha de retiro del servicio) y el índice final al vigente al 08 de enero de 2001 (fecha de reconocimiento pensional). El cálculo matemático así realizado, resulta ser más favorable al que efectuó la entidad, al considerar los porcentajes de IPC año a año.

De conformidad con lo expuesto, se ordenará a la Entidad demandada realizar nuevamente la indexación de la primera mesada pensional reconocida al demandante, dando estricto cumplimiento a la fórmula previamente referida, como quiera que solo a través de esta, se logra garantizar el poder adquisitivo de la mesada pensional y los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del aquí demandante.

5. Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Posteriormente, dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 el cual en su artículo 102, estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Ahora, se ha de tener en cuenta que si bien el derecho a la reliquidación pensional es imprescriptible, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales, de ahí que se tenga en cuenta lo siguiente:

1. El demandante empezó a disfrutar de su pensión, desde el 08 de enero de 2001.
2. El demandante presentó la solicitud de reliquidación de la pensión el **07 de julio de 2015** (fol. 23 y s.s.), luego el demandante tenía hasta el día 07 de julio de 2018 para promover el medio de control correspondiente, lo que en efecto ocurrió el día **06 de septiembre de 2016** (fol. 66).

De acuerdo con ello, la fecha de interrupción de la prescripción se debe contar a partir la presentación de la petición de reliquidación, y con ello se entiende que se encuentran prescritas las diferencias correspondientes a las mesadas causadas antes del **07 de julio de 2012**.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la UGPP, incluyendo en la liquidación el valor equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 42298 del 01 de diciembre de 2005, 046907 del 11 de noviembre de 2015, 006628 del 16 de febrero de 2016 y 010173 del 04 de marzo de 2016, en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de vejez que disfruta el demandante con la inclusión de la bonificación por servicios prestados y la correcta indexación de la primera mesada pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" a reliquidar la pensión de vejez del accionante tomando el equivalente al 75% del promedio de los salarios cotizados entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de agosto de 1996, incluyendo como factores salariales en forma proporcional, además de la asignación básica y las horas extras, **la bonificación por servicios prestados**.

CUARTO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" actualizar la base de liquidación de la pensión del señor Apolinar Cantor Sánchez desde el 31 de agosto de 1996, fecha en la que dejó de trabajar el demandante, hasta el 08 de enero de 2001, día en el que se causó el derecho a la pensión, de acuerdo con el índice de precios al consumidor, de conformidad con la siguiente formula:

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

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente a la fecha de retiro del demandante.

QUINTO: CONDENAR a la UGPP a que pague a favor del señor APOLINAR CANTOR SÁNCHEZ las diferencias de las mesadas pensionales, esto es, las diferencias entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que le debe reconocer, según lo dispuesto en el numeral 3° de la parte resolutive de esta sentencia.

Las sumas a reconocer y pagar por parte de la accionada, deberán ser reajustadas y actualizadas en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la fórmula allí señalada.

SEXTO: DECLARAR la prescripción de las sumas causadas con anterioridad al **07 de julio de 2012**.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la UGPP por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del accionante, la suma equivalente a dos (2) SMLMV. Por Secretaría, liquídense.

OCTAVO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA