

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, veinticuatro (24) de Noviembre de 2015

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-
UGPP
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00129-00

I.- ASUNTO.

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Jaime Antonio Castellanos Peña, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP¹.

1.- ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Jaime Antonio Castellanos Peña, presentó demanda ante este Despacho, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones N° RDP 001756 del 02 de mayo y RDP 013752 de fecha 30 octubre de 2012, proferidas por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensional y el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

¹ Folio 1-15

Contribuciones Parafiscales – UGPP, mediante los cuales le negaron la reliquidación de la pensión de Jubilación al demandante JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y la aplicación del IPC.

A título de restablecimiento solicita se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, según lo contemplado en el Decreto – Ley 3135 de 1968 y Ley 33 de 1985, es decir teniendo en cuenta: asignación básica, horas extras; primas de alimentación, vacaciones, servicios y navidad devengadas durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de enero y 31 de diciembre de 1994 (fecha de retiro definitivo).

Así mismo, solicita que sobre las diferencias pensionales no pagadas oportunamente se ordene el pago de la indexación. Igualmente se reconozcan intereses contemplados en los artículos 188 y 193 del CPACA.

Finalmente se condene a la entidad demandada, a dar cumplimiento en los términos de los artículos 188, 192 y 192 del C.P.A.C.A².

2.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se presentan como sustento de las pretensiones, los siguientes:

El demandante laboró al servicio del Estado Colombiano por más de 20 años desde el 22 de junio de 1973 hasta el 31 de Diciembre de 1994.

Explicó que, nació el 04 de noviembre de 2009 y que adquirió su status jurídico el 04 de noviembre de 2009, y se retiró el 31 de diciembre de 1994- último cargo desempeñado fue el de apuntatiempo III en el Instituto de Vías – Territorial Boyacá

² Folio 3 y 4, 62 y 63

Señalo, que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., mediante Resolución No. 6030 del 30 de agosto de 2011, le reconoció pensión de jubilación en cuantía \$807.933, efectiva a partir del 04 de noviembre de 2009; teniendo en cuenta únicamente para su liquidación únicamente la asignación básica y las horas extras, devengadas durante los últimos 10 años de servicios anterior al retiro definitivo, sin tener en cuenta las totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios ni la aplicación del IPC.

Manifestó, que el día 29 de febrero de 2012, solicitó ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION hoy U.G.P.P., la reliquidación de la pensión de jubilación, con base en lo devengado entre el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de 1994, fecha en la que demostró el retiro definitivo, y aplicación del IPC correspondiente los años 1994, 1995 hasta el año 2008, así como para el año 2009, por cuanto cumplió su estatus de pensionado el 04 de noviembre de 2009.

Mediante Resolución No. RDP001786 del 02 de mayo de 2012, suscrito por la U.G.P.P., negó la reliquidación de la pensión de jubilación, y mediante resolución No. RDP013559 del 30 de octubre de 2012, resuelve un recurso de apelación confirmando la resolución citada.

3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados violan la Constitución Política artículos 1, 2, 3, 13, 25, 48 y 53. El Decreto – Ley 3135 de 1968 art.27; decreto 1848 de 1969 y decreto 1045 de 1978; Ley 33 de 1985 artículos 1, 33. Cita sentencia del Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, radicación 7509-01³.

³ Fls. 66-70

El concepto de violación puede sintetizarse así:

Explicó que, la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos acusado, desconoció la Ley, dado que no le está reconociendo el derecho pensional teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 y el Decreto Ley 1045 de 1978. Añadió que, deben ser incluidos todos los factores devengados por el accionante en el último año de servicio, esto es: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Manifestó que, la expedición de la sentencia de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, dentro del radicado N° 2500-23-25-000-2006-7509-01(0112-09) de fecha 04 de agosto de 2010, en la cual se estableció que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio constituyen salario base de liquidación, de manera que, el listado de factores salariales previstos en la Ley 33 y 62 de 1985, es meramente enunciativo y no taxativo.

4.- CONTESTACION DE LA DEMANADA

La parte demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, por intermedio de su apoderado judicial dio contestación a la demanda⁴, oponiéndose a las pretensiones y señaló que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicable a los beneficiarios del régimen de transición.

⁴ Folios 120-130

Indica que al demandante se le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 6030 del 30 de agosto de 2011, a partir del 4 de noviembre de 2009.

Aduce, que para el caso del demandante la normatividad aplicable correspondía a la Ley 33 de 1985 por encontrarse vinculado al INVIAS, sin embargo con la Ley 100 de 1993 se creó un sistema general para todos los servidores, que se hizo efectivo con el Decreto 691 de 1994. Indica que el demandante adquirió su status pensional el 04 de noviembre de 2009, después de que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y el Decreto 691 de 1994, por lo que fue cobijado con el nuevo sistema general de Pensiones.

Afirma, que la pensión del actor se liquidó respetando los 3 requisitos del régimen anterior: edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicio.

Explicó que, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, consideró que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al sistema General de Pensiones es inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005.

Indicó que, en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, son lo que se encuentran estipulados en el Decreto 1158 de 1994 art. 1, de menara que, una decisión diferente estaría desconociendo lo previsto normativamente.

Adujo que, no es opcional el reconocimiento y aplicación de la Jurisprudencia Constitucional, dado que esté es el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, de manera que, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y los particulares cuando a través de sus competencias establecen interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Constitución Nacional.

Señaló que, es pertinente que la entidad se aparte del precedente del H. Consejo de Estado, en relación con las aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a los pronunciamientos imperativos que ha realizado la Corte Constitucional, aunado a la figura de la extensión de la jurisprudencia de acuerdo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En relación al pago de intereses moratorios al mismo tiempo que el pago de indexación sobre sumas adeudadas por concepto de la reliquidación, señalo que constituiría un enriquecimiento sin causa, porque ambas figuras responden al mecanismo de recuperación de la pérdida del valor adquisitivo de dinero.

Destacó que, acceder a la pretensiones de la demanda quebranta el principio de solidaridad previsto en el acto Legislativo N° 1 de 2005, dado que, bajo el principio de solidaridad, los aportes al régimen general de pensiones constituye un sistema bajo el cual, los aportes los realiza el afiliado y son sobre los cuales se debe liquidar la pensión, lo contrario implicaría un desequilibrio al sistema financiero del Régimen General de Pensiones.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas y Genérica.

La primera de ellas bajo el argumento que, el reconocimiento y pago del derecho pensional se realizó de acuerdo con las normas aplicables al caso concreto, de manera que, no se configura un error o una inaplicación de la Ley.

En cuanto al medio exceptivo, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, señaló que la entidad ha actuado de acuerdo a las

previsiones normativas, de manera que no se puede endilgar violación de derechos constitucionales.

Referente a la excepción de prescripción de mesadas pensionales, adujo que en el caso eventual de condenar a la entidad demandada se de aplicación a la prescripción de las mesadas o a las diferencias de las mensualidades causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda de conformidad con el Decreto 1848 de 1969.

En lo relacionado con la excepción de reconocimiento de oficio de excepciones, precisó que en caso que se encuentre excepción de fondo probada, se declare en la sentencia. (fls. 129-130)

5. ALEGACIONES FINALES

Corrido el traslado para alegar el apoderado de **la parte demandante**, reitero los argumentos de la demanda y añadió que la Ley 33 de 1985, estableció que la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio (fls. 168-172)

La parte demandada- UGPP, reitero los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, e indicó que la Ley 33 y 62 de 1985, no consagra los factores salariales que pretende el actor (subsidio de alimentación, prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones), teniendo en cuenta que el actor adquirió el status de pensionado en vigencia de la ley 100 de 1993.

Finalmente solicita se de aplicación por parte del Despacho la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, en razón a que el mencionado proveído reitera la interpretación correcta 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 transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al

que pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la ley 100 de 1993 establecida en referido fallo C-258 de 2013, en la que el régimen de transición no puede ser la estipulada en la legislación anterior.

Afirma que la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, dentro del Expediente T-3.558.256, M.P. Jorge Ignacio Pretelc Chaljub, reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición y ratifica la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la misma Corte Constitucional – sentencias C-258/13, T-892 y T-078/14- han tenido al respecto, y que soporta la posición asumida por la Entidad: *que las mesadas en el régimen de transición se liquidan con edad, tiempo de cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendido monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que periodo de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993.* (fls. 178-189)

Finalmente señala, que se generó una nulidad insanable, en el entendido que el demandante desempeño el cargo de trabajador oficial, y la jurisdicción competente se determinará por la naturaleza jurídica del cargo que ostentaba para conocer el litigio es y será la laboral, y no la Contenciosa Administrativa.

El Ministerio Público, solicita respetuosamente despachar favorablemente las pretensiones de la demanda en forma parcial tal, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, según certificación da salarios expedido por **Instituto Nacional de Vías- Territorial Boyacá**⁵ para lo cual argumenta:

“Conforme a los lineamientos jurisprudenciales transcritos, es necesario concluir, que el accionante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, toda vez que a la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicios prestados en el sector público

⁵ FI 179-188

(exactamente: 20 años, 9 meses, y 8 días), por ende es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la normatividad o régimen pensional aplicable al caso concreto es el señalado en la ley 33 y 62 de 1985, máxime si se tiene en cuenta que al momento de reconocimiento de la pensión, la entidad accionada, no concluyó todos los factores salariales que para el efecto son los que devengó durante el último año de servicios, tal como se desprende del acto administrativo por medio del cual se efectuó el reconocimiento de pensión, al igual que la certificación de salarios devengados, allegados al expediente, lo anterior en aplicación del precedente jurisprudencial emanado del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda del 04 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardil, Expediente 25000232500020060750901, que unificó la jurisprudencia sobre el tema de los factores salariales devengados en el último año de servicios, los cuales se deben tener en cuenta al momento de la liquidación de pensiones, siempre que tengan carácter salarial.

..., que la entidad demandada al momento de reconocimiento de la pensión indexó la primera mesada pensional, lo que se extrae de la Resolución UGM6030 de 30 de agosto de 2011 (Fls.32-36), por medio del cual se reconoce y ordena el pago de pensión de vejez en favor del accionante, pues en ella se detalla el computo porcentual realizado por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION, hoy U.G.P.P., por medio del cual se llevó, el valor de las sumas que devengaba al momento retiro, al presente reconocimiento, evitando que perdiera poder adquisitivo su mesada pensional por transcurso del tiempo.

Por lo tanto dicha pretensión carece de vocación de prosperar, hallándose debidamente probado en el expediente que la Entidad demandada al momento del reconocimiento de la pensión de jubilación en favor del accionante, efectivamente indexó la mesada pensional a reconocer, evitando la pérdida de su poder adquisitivo. (...)."

III. CONSIDERACIONES:

1.- El problema jurídico por resolver

Establecer si las decisiones contenida en las Resoluciones RDP 001786 del 02 de mayo y RDP013752 del 32 de octubre de 2012 (por medio de las cuales negó la reliquidación de la pensión), proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP, se ajustaron a derecho, y por tanto, establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión que reclama.

2.- Hechos probados

- Copia auténtica de las Resoluciones RDP 001786 del 02 de mayo y RDP013752 del 32 de octubre de 2012, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, le negó al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación. (fls. 29-32, 37-41)
- Copia simple del recurso de apelación, en contra de la Resolución N° RDP 001786 de fecha 02 de mayo de 2012. (fls. 33-36)
- Certificación de información laboral (para pensiones y bonos pensionales) suscrita secretaria de Educación del Departamento de Boyacá, en la cual se indica el tiempo de servicio del demandante. (fls.42)
- Certificación, expedida por el director territorial Boyacá de INVIAS de cargos y devengados por el demandante. (fls.43, 44 y 162)
- Copias antecedentes administrativos - pensión del demandante en un CD, Folios 118 y 119.

3.- EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas pensionales y genérica

Tal como lo ha dicho la doctrina nacional⁶, las excepciones perentorias son las que se oponen a las pretensiones de la demanda, bien porque el derecho en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento, se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura, por estar pendiente un plazo o condición.

Teniendo en cuenta de los medios exceptivos propuestos, es evidente que los argumentos esgrimidos en el que fundan no pretenden enervar la acción,

⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2005, págs. 555 - 557.

convirtiéndose en argumentos defensivos, de manera que se resolverá con el fondo del asunto.

Por otra parte se observa, en el escrito de alegatos,⁷ señala que el presente asunto se genera nulidad insaneable, en el entendido que el señor JAIME ANTONIO CASTELLANOS, ostento la calidad de trabajador oficial pues se desempeñó como apuntatiempo en el Instituto Nacional de Vías- INVIAS BOYACA, por tanto la Jurisdicción competente será la Laboral.

La Ley 1564 DE 2012, "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso" en relación con los requisitos para alegar nulidad establece:

"Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

*No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, **ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.***

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

Artículo 136. Saneamiento de la nulidad.

La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.

2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.

3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.

4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

Parágrafo.

Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermittir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables"

Con fundamento en lo anterior, en este caso la parte demandada, contesto la demanda y omitió proponer la excepción previa de falta de jurisdicción o de

⁷ folio 177

competencia, y posterior a ello actuó dentro del proceso de la referencia sin alegar esta causal de nulidad. Más aun en la audiencia inicial y prácticas de pruebas se realizó control de legalidad⁸ sin que la apoderada de la entidad demandada hubiese hecho manifestación alguna.

Ahora bien, son empleados públicos las personas que laboran en los Ministerios, en los Establecimientos Públicos, en las Superintendencias, en los Departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital. Y trabajadores oficiales quienes ejercen labores de **construcción y sostenimiento de obras públicas**.

En este caso se acreditó que el demandante prestó sus servicios el Departamento de Boyacá- Secretaria de Educación (docente), desde el 22 de junio de 1973 y hasta el 22 de marzo de 1976. (filo 29)

Luego laboró en el Instituto Nacional de Vías- Territorial Boyacá, en los siguientes cargos y periodos:

- Ayudante de Taller, desde el 09 de mayo de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1980.
- Apuntatiempo I, desde el 01 de enero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1981.
- Apuntatiempo II, desde el 01 de enero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1983. - Apuntatiempo III, del el 01 de enero de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994. Como se observa a folio 43.

De lo anterior no se deduce que el demandante cumpla labores de construcción o de sostenimiento de obras públicas, de tal suerte que no hay lugar a declarar la nulidad, dado que se entiende saneada porque la parte que podía alegarla no lo hizo y actuó sin proponerla.

4.- ANALISIS DEL CASO

⁸ filos 147-150, 163-164

4.1.- Marco Normativo y jurisprudencial

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 que contiene el régimen de seguridad social integral conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

En relación con el sistema pensional, la Ley en cita crea dos regímenes pensionales a saber, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad (artículo 12)⁹.

Ante dicho cambio legislativo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición como mecanismo de protección para las personas que estaban próximas a cumplir los requisitos pensionales allí dispuestos siempre que cumplieran una de las siguientes condiciones:

“(...) Artículo 36. Régimen de transición.

La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

⁹ El artículo 279 de la ley 100 desarrolla un régimen de excepciones en el sistema de pensiones y determina que el régimen general no se aplica en el sector público a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ; el personal regido por el decreto 1214 de 1990; los miembros no remunerados de las corporaciones públicas; los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (leyes 50 de 1886, 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 6ª de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978); y, los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos (decreto 807 de 1994, convención colectiva de trabajo, Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta directiva).// El Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 incorporó al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los servidores de la rama judicial.

vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)" (Lo subrayado es de la Sala)¹⁰.

El régimen de transición ha sido definido por la Corte Constitucional como *"(...) un instrumento de protección de los derechos pensionales de quienes al momento de darse el tránsito legislativo no sumaban los requisitos para pensionarse conforme al régimen aplicable anterior, pero por encontrarse próximos a reunirlos tienen una expectativa legítima de adquirirlos (...)"¹¹.*

La misma Corporación, en Sentencia C-754 de 2004, consideró en relación con el régimen de transición lo siguiente:

"(...) Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar.

Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma. (...)"

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones en el orden nacional.

Como la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994 para el orden nacional y 30 de junio de 1995 para el orden territorial¹², contaba con más de 40 años de edad, ya que nació el 4 de

¹⁰ Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencias C-410 de 1994 y C-168 de 1995.

¹¹ Sentencia C-789-02, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

¹² La demandante era empleada del orden Distrital.

noviembre de 1954¹³ y además, había laborado por más de 20 años, se puede concluir que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual le permitía pensionarse con el régimen anterior al cual se encontraba afiliado a saber, el establecido en la Ley 33 de 1985.

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

Esta norma no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se determinaron unas excepciones, con el siguiente tenor literal:

"(...)

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, 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.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si

¹³ Información tomada de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 16

son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...”.

Luego, si se altera alguno de los presupuestos señalados por el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, como el caso del demandante, es tanto como desconocer el régimen de transición, y de paso se desnaturaliza el régimen del cual es beneficiario¹⁴.

Además, aplicar dos normas legales diferentes para efectos del reconocimiento y liquidación de una misma pensión implicaría la violación del principio de “inescindibilidad de la ley”¹⁵, el cual prohíbe la aplicación parcial de las normas legales.

Al respecto bien vale la pena destacar que, la Corte Constitucional tiene una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela¹⁶ cuya

¹⁴ Esta discusión ya fue resuelta por el Consejo de Estado, mediante Sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No. 470-99, C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, cuando se estableció lo siguiente:

“(…) Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.”

¹⁵ La norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho, para tomar de cada una de ellas sus aspectos más favorables.

¹⁶ Consultar entre otras sentencias T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de

ratio decidendi precisó que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular se anota que, en Sentencia de 14 de noviembre de 2002¹⁷, se concluyó que los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 no resultaban aplicables a las pensiones cobijadas por el régimen de transición, salvo que los mismos constituyan una condición más beneficiosa para el pensionado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aun para los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

La **Ley 100 de 1993**¹⁸ en el artículo 273 preceptuó, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por sus artículos 36 y 11, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el **Decreto 691 de 1994**¹⁹, que en el literal b) de su artículo 1° en asocio con el

2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009.

¹⁷ Consejo de Estado. Rad. No. 3534-00. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁸ Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*”. Esta Ley empezó a regir el 1° de abril de 1994.

¹⁹ Decreto 691 de 29 de marzo de 1994 “*Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones*”.

artículo 2º, prescribió que **a partir del 1º de abril de 1994**, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo regulado por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Y en su artículo 2º señaló, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1º comenzaba a regir a partir del 1º de abril de 1994.

De otro lado, el **Acto Legislativo 1 de 2005²⁰**, que adicionó el **artículo 48 de la Carta Política**, referente al carácter de obligatorio que reviste el servicio público de la seguridad social, dispuso en su **artículo 1º**, entre otras determinaciones, que el Estado debía garantizar la **sostenibilidad financiera del sistema pensional**; que las leyes en materia pensional expedidas con posterioridad a su vigencia deben asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; que para la adquisición del derecho a la pensión es necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; **que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**; que a partir de su vigencia no habrán regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública, al Presidente de la República y a lo establecido en sus parágrafos; que las personas cuyo derecho pensional se cause desde su vigencia no podrán percibir más de 13 mesadas pensionales al año.

En el **Parágrafo 1º** establece, que ***“A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”***.

²⁰ El Acto Legislativo 01 de 2005, entró en vigor desde su publicación, el 25 de julio de 2005, en el Diario Oficial No. 45.980.

El **Parágrafo Transitorio 2** ordena, que sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, ***“la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones **expirará el 31 de julio del año 2010**”.***

Y en el **Parágrafo Transitorio 4**, determina que ***“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010”***, excepto los trabajadores que estando en dicho régimen tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio a la vigencia de este Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones parafiscales de la Protección Social UGPP, señaló que la liquidación de la pensión del señor Jaime Alberto Castellanos debía efectuarse conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, tal argumento no es de recibo por parte del Despacho, pues ello desvirtuaría el régimen de transición, en la medida en que el régimen que la cobijaba debe ser aplicado inexorablemente en su integridad, lo contrario sería, como introducir una nueva norma que no es permitida en materia laboral que es la escisión de las normas para formar una tercera, es decir una *“lex tertia”*.

Por otra parte, la entidad demandada alegó que en tratándose de factores salariales a incluir dentro de la liquidación del señor Jaime Alberto Castellanos Peña, corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 y agregó que los factores sobre los que la demandada puede y debe liquidar las pensiones de sus afiliados, son taxativamente los ordenados por

la ley, es decir que en el caso del demandante son los que se le certificaron y que están incluidos en el Decreto 1158.

Sin embargo, por encontrarse el demandante en el régimen de transición la norma aplicable lo es el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma esta que sólo enlistó los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes, tales como, la 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.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que enlistó los factores a ser tenidos en cuenta generó multiplicidad de interpretaciones, razón por la que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó la jurisprudencia determinando que la preceptiva contenida en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón, en el ingreso base de liquidación pensional deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

Algunas de las razones expuestas en la sentencia citada son las siguientes:

“...respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de

liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó²¹:

(...)

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

(...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, no hay lugar a excluir del cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión reconocida al demandante los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios al Instituto Nacional de Vías Territorial de Boyacá, tales como, sueldo básico, primas de servicios, de navidad, de vacaciones, prima de alimentación²² y horas extras²³, dado el innegable carácter salarial que les asiste a éstos según lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Teniendo en cuenta que el aquí demandante nació el 04 de noviembre de 1954 y prestó sus servicios el Departamento de Boyacá- Secretaria de Educación (docente), desde el 22 de junio de 1973, hasta el 22 de marzo de 1976; en el Instituto Nacional de Vías- Territorial Boyacá, en los siguientes cargos y periodos:- Ayudante de Taller, desde el 09 de mayo de 1977 hasta

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

²² El artículo 3° del Decreto 2477 de 1970 creó la prima de alimentación para los empleados nacionales. Posteriormente, el Decreto 165 de 1971 amplió el beneficio a los supernumerarios y finalmente, el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978 reafirmó dicha prestación para los empleados nacionales.

²³ Información tomada de la certificación de 10 de septiembre de 2012, suscrita por el Profesional Especializado 222-24 de la Subdirección de Talento Humano de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía de Bogotá, visibles a folios 40 y 41.

el 31 de diciembre de 1980, - Apuntatiempo I, desde el 01 de enero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1981, - Apuntatiempo II, desde el 01 de enero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1983. - Apuntatiempo III, del el 01 de enero de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994, como se observa a folios 42 y 43, en tal virtud le fue reconocida pensión de vejez en el año 2011, efectiva a partir del 04 de noviembre de 2009.

En consecuencia, la prestación de la demandante se debe liquidar en cuantía del 75% con la inclusión de los factores salariales antes mencionados, en una doceava parte, y que fueron devengados durante el último año de servicios, esto es, entre el 1º de enero de 1994 al 31 de octubre de 1994.

Ahora bien, en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional acogió la tesis que de tiempo atrás tiene establecida la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual a los que estén amparados por el régimen de transición dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 les aplica el régimen anterior pero únicamente en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto.

Pero el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso 3º de la ley 100 de 1993, es decir el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

Posición distinta a la reiterada por el Consejo de Estado, con base en lo expuesto en diversas Salas de revisión de la Corte Constitucional, según las cuales el régimen de transición debe ser aplicado en forma integral, de suerte que el monto y el ingreso base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, máxime cuando el marco legal de transición dispone la forma de obtenerlo. Por eso no debe aplicarse lo consignado en el artículo 21 e inciso 3º del artículo 36 de la mencionada Ley.

La Sala Plena en la sentencia SU.-230 de 2015, afirma que dio un viraje jurisprudencial con base en la interpretación que hizo esa corporación en la

sentencia C-258 de 2013²⁴ respecto del alcance del art 36 de la ley 100 de 1993, se debe examinar este aspecto en tanto se considera trascendental para efectos de la presente decisión, para lo cual debe recordarse que la "*ratio decidendi*", como lo ha dicho nuestro tribunal constitucional, son aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, osea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cual fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente en la parte resolutive.²⁵

Expresado de otra manera, la *ratio decidendi*, es la regla que une de manera inequívoca los hechos materia de estudio en la sentencia y la decisión (*desisum*).

Otras afirmaciones constituyen lo que se ha denominado el *obiter dicta*, o *dictum*, apartes del fallo que "no hacen relación al tema central o esencial del estudio suscitado por los artículos bajo análisis en la sentencia de constitucionalidad"²⁶, que por lo mismo no tiene fuerza vinculante.

De ahí que "solo están recubiertos con el valor de precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi*"²⁷, es decir, aquellos conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive, en otras palabras la *ratio decidendi* puede definirse como aquella premisa o razonamiento central que guarda una relación de correspondencia necesaria y univoca con la parte resolutive de la sentencia, con una estructura semejante a lo que se conoce en lógica como una afirmación o juicio categórico.

Dicho esto, debe anotar el Despacho que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 no hizo una integración de la unidad

²⁴ Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

²⁵ Sentencia T-292 de 2006.

²⁶ López Medina, Diego Eduardo: El derecho de los jueces. La distinción entre *ratio decidendi*, y *obiter dicta*. Legis Bta, 2009, pág. 223.

²⁷ Ibidem pag 219

normativa, razón por lo que la misma Corporación precisó que los efectos de su decisión sólo cobijaba a los beneficiarios del régimen especial dispuesto en el artículo 17 de la ley 4ª de 1992, por tanto, no afectaba los restantes regímenes especiales exceptuados o generales de transición existentes.

Lo anterior se puede advertir cuando la sentencia C-258 de 2013, al fijar el objeto dijo la Corte Constitucional:

“En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación -artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros²⁸. En consecuencia, **lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados**.

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

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

²⁸ Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.”

Así las cosas, la *ratio decidendi* de esta providencia no cobija otros regímenes, no solo porque el análisis estaban limitado al especial consignado en el artículo 17 de la referida Ley, sino porque la Corte no acudió a la integración normativa con disposiciones legales que regulan otros, “ni con el artículo 6 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición”, por cuanto la demanda de inconstitucionalidad instaurada “*no (tenía) por objeto atacar la existencia del régimen de transición.*”

Luego la *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad únicamente tiene fuerza vinculante respecto del régimen especial para congresistas y quienes por extensión y bajo ciertas condiciones se aplica el mismo, previsto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

En este sentido la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló respecto de los Magistrados de Altas Cortes en régimen de transición “*que a estos servidores judiciales, de ninguna manera, pueden aplicársele las aludidas restricciones establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, pues esta decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28-.*”

Siendo así las cosas, entiende este Despacho que lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia referida, sobre la aplicación del artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no es precedente de Acatamiento obligatorio para regímenes de transición distintos, como es el caso que nos ocupa, porque solo constituye *ratio decidendi* frente a los beneficiarios del artículo 17 de la ley 4ª de 1992.

4.2.- El caso concreto.

Se evidencia, que el señor JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA, al momento de entrar en vigencia²⁹ el Sistema de Pensiones de la Ley 100 de 1993 – 1º de abril de 1994 –, contaba con 40 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 04 de noviembre de 1954; además laboro un total de 7335 días, 1048 semanas, trabajo en el Departamento de Boyacá e INVIAS, según la Resolución UGM006030 del 30 de agosto de 2011. (fl. 46-49).

Con base en lo expuesto, en el caso concreto, tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, en la medida que se encontraba inmerso en el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, durante el último año de servicio 01 de enero a 31 de diciembre de 1994 el demandante devengó los siguientes conceptos: sueldo básico, prima de alimentación, horas extras, vacaciones, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad³⁰, habiéndose reconocido pensión de jubilación al actor, mediante Resolución No. UGM 006030 del 30 de agosto de 2011, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicando que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de 1985 hasta 1994, incluyendo los siguientes factores asignación básica, horas extras.³¹

En consecuencia, este despacho accederá a las suplicas de la demanda ordenado declarar parcialmente nulo los actos acusados y ordenando reliquidar la pensión de jubilación del señor JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios incluyendo los factores que se encuentran certificados a folio 162 y

²⁹ ARTICULO 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. "El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma. (...)"

³⁰ Fl. 162

³¹ Fls. 47-49

que no se le tuvieron en cuenta, esto es **prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad**³².

No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, se ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

Se deberá ordenar que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los nuevos factores salariales.

Los intereses se reconocerán a partir de la ejecutoria de esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 de la ley 1437/11. Ordenando dar cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo establecido en el artículo 192 Ibídem.

Frente a la, **prescripción de mesadas**,³³ que se solicita declarar, causadas con tres años de anterioridad a la presentación de la demanda, y con respecto a la fecha en que la parte actora adquirió el status de pensionado, tal como lo establece al artículo 102 del decreto 1848 de 1969, habrá de decirse lo siguiente:

El Decreto 3138 de 1968, establece:

ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Por su parte el Decreto 1848 de 1969, sobre el mismo tema señaló:

³² Fl. 162

³³ Flíos 129

DEMANDANTE: JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00129-00

ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

En este caso el reclamo escrito dirigido a obtener la reliquidación pensional se presentó el 29 de febrero de 2012, luego a partir de allí ha de contarse el término de tres años para declarar la prescripción solicitada, esto es que se declaren prescritas las mesadas anteriores al 29 de febrero de 2009.

Finalmente frente a la indexación solicitada el Despacho no accederá a su reconocimiento dado que dispondrá la actualización de las diferencias conforme al índice de precios al consumidor lo que implicaría un doble reconocimiento y remuneración por la misma causa, lo que resulta inaceptable.

5. Condena en costas:

Como es bien sabido, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispuso en materia de costas lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el

operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

El significado de disponer según la real Academia de la Lengua³⁴ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. prnl. 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. (...)”

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

Observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la demandante, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la demanda, pues lo real y cierto es que

³⁴ Tomado de <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h> consultado 23-11-2015

en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

En consonancia con lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de las Resoluciones N° RDP 009856 del 21 de septiembre (se negó la reliquidación de la pensión de jubilación) y RDP 016955 de fecha 26 de noviembre del año 2012 (decide recurso y confirma), proferidas por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensional y el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación del señor JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicio, esto es, además de los ya computados los de **prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad** conforme lo expuesto.

DEMANDANTE: JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00129-00

La suma que se pague en favor de JAIME ANTONIO CASTELLANOS PEÑA, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando la siguiente fórmula:

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

De las anteriores sumas deberá hacerse el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales incluidos y sobre los que no se hubiese hecho aporte al sistema.

TERCERO: Declarase prescritas diferencia de las mesadas causadas con anterioridad al 29 de febrero de 2009.

CUARTO: La UGPP dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: NO HAY LUGAR CONDENA en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: En firme, archívese el expediente, dejando las constancia en el sistema Siglo XXI.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
JUEZ.