

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Tunja, diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de Control : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante : **RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA**
Demandado : **U.G.P.P.**
Expediente : **150013333001 201300104 00**
Tema: : **Pensión Jubilación - Reliquidación**

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 RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP¹.

II. LA DEMANDA

1.- PRETENSIONES²

Que se declare que son nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. RDP 011720 de 12 de octubre de 2012, RDP 019792 de 17 de diciembre de 2012 y RDP 004169 de 30 de enero de 2013, mediante las cuales la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UG.P.P., negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA y resolvió los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, solicita condenar a la entidad demandada a reliquidar o reajustar la pensión de jubilación que le fue reconocida, con la

¹ Folio 2-15

² Folio 2-3.

inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios; esto es, de 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2004, previa deducción de los valores que le han sido cancelados, con el correspondiente ajuste monetario o indexación.

Así mismo, a pagar los intereses moratorios por el no pago oportuno de las mesadas de forma completa, desde la fecha de adquisición de derecho pensional y que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

2.- HECHOS³

Los hechos que sustentan las pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

Señala que la Caja Nacional de Previsión E.I.C.E. mediante Resolución No. 00618 de 20 de enero de 2004, le reconoció al demandante una pensión de vejez en cuantía de \$474.942, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2002, condicionada al retiro definitivo del servicio.

Indica que a través de la Resolución No. 09984 de 2 de marzo de 2006, se le reliquidó la pensión de vejez, elevando la cuantía a \$ 492.942 efectiva a partir del 01 de mayo de 2004, al surtir el retiro definitivo del servicio. Que en la base de liquidación pensional la entidad demandada tuvo en cuenta solamente la asignación básica, olvidando los demás factores salariales como prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios, subsidio de alimentación y prima de navidad.

Agrega que la Cajanal para efectuar la liquidación del ingreso base de liquidación, tomó lo devengado en los últimos 9 años, dando una indebida aplicación al inciso 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que el 15 de marzo de 2012 elevó petición ante la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UG.P.P., solicitando la

³ Folios 3-5.

reliquidación de la pensión de jubilación para que fueran incluidos la totalidad de los factores salariales devengados y con el último año de servicios.

Que la anterior solicitud fue resuelta de forma desfavorable mediante Resolución No. RDP 011720 de 12 de octubre de 2012, acto contra el cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. RDP 019792 de 17 de diciembre de 2012 y RDP 004169 de 30 de enero de 2013, confirmando la primera.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO ⁴

Considera la parte actora como normas violadas las siguientes;

Constitucionales: 2, 6, 25, 29, 53 y 58.

Legales: Decreto 1045 de 1978, Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 4 de 1992, Ley 100 de 1993.

Aduce que el régimen aplicable para los servidores públicos que se encuentran dentro del régimen de transición señalado en la Ley 100 de 1993, es el establecido en la Ley 33 de 1985, por lo que la discusión surge en cuanto a los factores salariales que deben conformar la liquidación pensional, la que fue zanjada con el pronunciamiento emitido el 4 de agosto de 2011 con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que precisó que todos los emolumentos percibidos por el trabajador durante el año base, deben ser incluidos.

Añade que existe contradicción entre los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para la regulación del tiempo base de liquidación pensional, lo cual ha sido clarificado jurisprudencialmente, señalando que el inciso 2 debe aplicarse integralmente, ordenando a la demandada a liquidar las pensiones inmersas en el régimen de transición con el 75% del salario devengado en el último año y no según lo devengado en el los últimos 10 años de servicio.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

⁴ Folios 4 a 20.

La parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES U.GP.P., por intermedio de apoderado judicial, indica en la contestación de la demanda, que se opone a la totalidad de las pretensiones. Aduce que los actos administrativos demandados, fueron expedidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Señala que la demandante trabajó para el Estado hasta alcanzar su status jurídico de pensionada, por lo que se regía por un régimen especial que cobija los funcionarios públicos. Sin embargo, indica que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se creó un sistema General de Seguridad Social, integrándose a los servicios públicos al nuevo sistema mediante el Decreto 691 de 1994. Razón por la cual, por adquirir su status pensional en vigencia de la ley 100 de 1993, el demandante quedó cobijado por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos.

Concluye, que como el demandante adquirió su status de pensionado tiempo después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y del Decreto 691 de 1994, fue cobijado por el nuevos sistema General de Pensiones, pero por cumplir los requisitos para ello, se benefició del régimen de transición del artículo 36 y como tal, la pensión del demandante se liquidó en esos términos, régimen que le resulta mas favorable.

Por otra parte y respecto a los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación pensional, señala que fueron los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 y que el demandante certificó, sin que puedan reconocerse factores no estipulados en la ley, como lo fue precisado en la sentencia C-258 de 2013, lo que quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo No. 1 de 2005.

Encuentra válido apartarse del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto a la aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para dar paso a la postura de la Corte Constitucional.

Agrega que como el actor adquirió el estatus pensional el 14 de noviembre de 2002, a la entrada en vigencia de la Ley 100 le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por lo que no era viable que el ingreso base de liquidación se calculara con el promedio de lo devengado en el último año, sino con el promedio de los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta y sobre los factores salariales sobre los cuales realizó aportes, tal como se expresó en la sentencia C-258 de 2013.

Finalmente propuso como excepciones las de: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales y; prescripción de mesadas, las cuales fueron analizadas en la audiencia inicial.

IV. AUDIENCIA INICIAL⁶

El día 27 de agosto de 2015 se evacuó la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, fijándose el litigio a establecer si los actos demandados se encuentran afectados de nulidad y si al demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido traslado para alegar de conclusión la entidad demandada se pronunció de la siguiente manera;

La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales U.G.P.P.⁷, entidad demandada, reitera los argumentos expuestos en el escrito de la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Agrega que se debe tener en cuenta la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, en la que se fijo una interpretación en abstracto del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición y ratifica la posición que tanto la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, como de la misma Corte Constitucional

⁶ Folios 140-143 y medio magnético folio 149.

⁷ Folio 160-165.

en sentencias C-258 de 2013, T-892 de 2013 y T-078 de 2014 , concluyendo que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo 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 propia ley 100 de 1993.

La parte demandante: Guardó silencio.

El Agente del Ministerio Público: emitió concepto No. 151.⁸ Señala como normas aplicables la Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985. Citó algunos apartes jurisprudenciales en los cuales indican que los pensionados sujetos al régimen de transición tienen derecho a que el valor de su pensión de jubilación sea liquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes con el último año de servicio, régimen al que se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1994.

Así mismo señala que de conformidad con la norma y las pruebas obrantes, se evidencia que a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, lo cual infiere que es beneficiario del régimen de transición aplicando las normas anteriores en material pensional; es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985, y dando aplicación a la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Conforme a la norma superior, la jurisprudencia y el material probatorio allegado al expediente y una vez revisado el acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del accionante, infiere que se debe acceder al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, con efectos fiscales a partir del 17 de mayo de 2009, dado el fenómeno jurídico de la prescripción.

V. CONSIDERACIONES

⁸ Folio 166-173.

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el presente caso.

5.1- Problema Jurídico

Establecer el régimen pensional aplicable al Señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA, quien laboró como servidor público - Auxiliar administrativo promotor I de control de lepra - en el Hospital Regional de Guateque - Boyacá.

Conociendo el régimen aplicable, se debe establecer si el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

5.2.- De las excepciones

Tal como lo ha dicho la doctrina nacional⁹, 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.

En ese orden de ideas y, atendiendo al fundamento de las excepciones propuestas por la demandada, **"Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, e Inexistencia de vulneración de principios constitucionales"**, es evidente que en la forma como han sido propuestas, ellas no pretenden enervar la acción, sino que se trata de verdaderos argumentos de la defensa, en tanto se dirigen a desvirtuar los hechos de la demanda, razón por la que se examinarán simultáneamente con el análisis de fondo, tal como fue advertido en la audiencia inicial.

⁹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2005, págs. 555 – 557.

5.3. Marco jurídico de la pensión de jubilación de Vejez - Régimen de Transición

La Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Debe tenerse en cuenta que el régimen de transición busca preservar mejores condiciones para un grupo de servidores que, por condiciones de edad o tiempo de servicios, se encuentran a la **expectativa de obtener su derecho pensional**.¹⁰

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"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 vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.(...).". (Negrilla y subraya fuera de texto)

Ley 33 de 1985

¹⁰ "Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, indicó: "(...) el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra. Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen (...)."

A su turno, la Ley 33 del 29 de enero de 1985, consagró el régimen pensional ordinario de todos los empleados oficiales en su artículo 1º, estableció que la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, igualó la edad pensional para hombres y mujeres en 55 años de edad, a la vez que consagró excepciones a sus normas.

*"Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido **veinte (20) años continuos 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 (75%) por ciento 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. (Negrilla fuera de texto)*

Par. 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 (50) años de edad, si son mujeres y 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.

Par. 3º En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley".

Así las cosas de acuerdo a lo manifestado, es necesario señalar la edad y los factores salariales establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Conforme a ello, es preciso anotar que la primera estableció la edad de pensión en 55 años de edad y el monto deberá ser el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios, y los factores salariales a tener en cuenta fueron consagrados en la Ley 62 de 1985, que para tal efecto expresó:

"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, 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.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹¹, en Sala de Unificación, estableció en consideración a la norma en cita, y luego de referirse a los diferentes criterios dados al alcance del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los factores a tener en cuenta, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en material laboral 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”¹².

Entonces, se colige que, ha de tenerse en cuenta además de los señalados en la Ley 62 de 1985, todos los factores que constituyen salario, entre otros, la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos de antigüedad, quinquenios, prima de navidad y vacaciones, estas dos últimas a pesar de ser prestaciones sociales, tienen la connotación de factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, según el Decreto Ley 1045 de 1978. Así entonces, quedando excluidas aquellas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado; la indemnización de vacaciones, como quiera que no es ni salario ni prestación, sino corresponde a un descanso remunerado; y

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Victor Hernando Alvarado Ardila, del 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000232500020067509-01 (0112-2009)

¹² “PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Liquidación con base en todos los factores salariales/ SALARIO – Concepto Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando”.

por último, la bonificación por recreación pues no constituye factor salarial para efectos prestacionales.

Evidentemente existió, contradicción en lo concerniente a la forma de liquidar el monto de la pensión; por cuanto si bien es cierto el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de entrar a operar la Ley 100 de 1993, a su vez el inciso 3º hace provisiones al ingreso base de la liquidación de la pensión. Sin embargo el Consejo de Estado en un caso similar sobre la interpretación y aplicación del régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

"3. El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:

...

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

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."

En resumen, se entiende que si el servidor público para el 1° de abril de 1994 no había cumplido todos los requisitos para acceder a la pensión, pero que hubiera continuado en servicio después de esa fecha, y se halle sometido al régimen de transición de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (que en materia pensional quedó bajo el imperio del régimen legal anterior en cuanto a edad, tiempo y monto pensionales) tiene derecho a que la liquidación y reconocimiento de su pensión se haga conforme al régimen pensional anterior al que estaba sometido, y que para el caso es la Ley 33 de 1985, anterior a la Ley 100.

Sin embargo, a pesar que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", mal podría entonces aplicarse, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad – Ley 33 de 1985- y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, - Ley 100 de 1993-, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la ley" que prohíbe fraccionar las normas legales.

Respecto a los factores a liquidar, para quienes se encuentran cobijados con Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha señalado:

*"A partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 artículo 36 se les aplica la ley 33 de 1985. En la sentencia analizada se resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; **se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. La sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la presente consulta. A partir de la***

unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Adicionalmente, en sentencia del 31 de marzo de 2011 el Consejo de Estado amparó por vía de tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en régimen de transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral. En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones. Cabe señalar finalmente, que en la jurisprudencia revisada anteriormente, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional (CAJANAL, ISS u otra cualquiera), sino del hecho de que el interesado reúna las condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo. En ese sentido, con independencia de que en el caso concreto de esta sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 la entidad demandada hubiera sido Cajanal, la regla allí establecida para la jurisdicción contencioso administrativa, debe orientar el reconocimiento de las pensiones de las personas sujetas a la ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993.¹³ (Resalta el Despacho)

Así las cosas, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, se tendrán en cuenta los factores devengados y debidamente certificados en el último año de servicio.

Por otra parte y respecto al deber de dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia el artículo 10º de la Ley 1437 de 2011, estableció que al momento de resolver asuntos de su competencia, se debe aplicar las disposiciones constitucionales y legales de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos; es decir, se debe tener en cuenta las providencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en las que interpreten y apliquen dichas normas.

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en

¹³ NOTA DE RELATORIA: Sentencia de unificación jurisprudencial 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) de 4 de agosto de 2010, ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Autorizada la publicación con oficio 2012EE42734 O 1 de 26 de marzo de 2012.

cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"

La Corte Constitucional, en sentencia T-446/2013, ha sido enfática en señalar el límite que tiene la autoridades judiciales en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en tanto que toda persona tiene derecho a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales *"igualdad de trato, igualdad de aplicación e interpretación de la ley"*. Bajo el entendido que se debe tener un manejo de los precedentes judiciales, sin pasar por encima de tales principios¹⁴.

Así mismo, indico:

"Al respecto, ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutive o decisum, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la ratio decidendi que puede definirse como "la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive."; y los obiter dicta o dictum que son "toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario."¹⁵ En consecuencia, es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares¹⁶, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.¹⁷ De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser

¹⁴ La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales. De hecho, en el ámbito judicial, dado que como se dijo, los jueces interpretan la ley y atribuyen consecuencias jurídicas a las partes en conflicto, "la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley." De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes.

¹⁵ Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Sobre el particular, en la sentencias T-766 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se sostuvo: "el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007)."

¹⁷ En relación con el contenido de la ratio decidendi en la sentencia T-117 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Corte señaló que "i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella". Igualmente consultar T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

desconocido por los jueces.¹⁸ (Subraya el Despacho)

De manera tal, que si existe un precedente jurisprudencial en que se haya indicado las normas aplicables a un determinado caso, como lo es la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, resulta aplicable.

Ahora, debe anotarse que 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 beneficiario¹⁹.

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"²⁰, 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 Tutela²¹ cuya *ratio*

¹⁸ Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ 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 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, 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 2°."

²⁰ 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.

²¹ 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 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.

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.

La **Ley 100 de 1993**²² 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**²³, que en el literal b) de su artículo 1° en asocio con el artículo 2°, prescribió que **a partir del 1° 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 2° señaló, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1° comenzaba a regir a partir del 1° de abril de 1994.

De otro lado, el **Acto Legislativo 1 de 2005**²⁴, 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 1°**, 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

²² 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.

²³ 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*”.

²⁴ 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.

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 párrafos; 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”***.

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 párrafos 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 **Rafael Ignacio Neira Herrera** 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 lo 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 **Rafael Ignacio Neira Herrera**, 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.

Sobre el particular se anota que, el Consejo de Estado²⁵, concluyó que los factores salariales enlistados en el artículo 1º 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 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aún para los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

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

²⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 14 de noviembre de 2002. Rad. No. 3534-00. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

pensional deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

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 2013**²⁶ 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, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente en la parte resolutive.²⁷

Expresado de otra manera, la *ratio decidendi*, es la regla que une de manera

²⁶ Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

²⁷ Sentencia T-292 de 2006.

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”²⁸, 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*”²⁹, 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 se hizo una integración de la unidad 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-.

²⁸ López Medina, Diego Eduardo: El derecho de los jueces. La distinción entre ratio decidendi, y obiter dicta. Legis Bta, 2009, pág. 223.

²⁹ Ibídem pag 219

*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 otros³⁰. En consecuencia, **lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.***

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

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

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.

³⁰ 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.

En este sentido, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló, respecto de los Magistrados de Altas Cortes el 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.

5.4- Pruebas y hechos acreditados

- El señor Rafael Ignacio Neira Herrera nació el 14 de noviembre de 1947 Según da cuenta el registro civil de nacimiento.
- Copia de la Resolución No. 0000618 del 20 de enero de 2004, mediante la cual Cajanal reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del Señor Rafael Ignacio Neira Herrera en cuantía de \$474.942, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2002, condicionada al retiro definitivo del servicio³¹.
- Mediante petición elevada el día 10 de mayo de 2004, el demandante solicitó a Cajanal se le reliquide la pensión de jubilación de la que era beneficiario para lo cual allegó nuevos tiempos.
- Copia de la Resolución No. IHC 09984 de 2 de marzo de 2006, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de vejez al señor Rafael Ignacio Neira Herrera por retiro definitivo del servicio, elevando la cuantía a \$492.120.11, efectiva a partir

³¹ Folios 36-40.

del 01 de mayo de 2004.³²

- Nueva solicitud de reliquidación de pensión de jubilación, radicada el 15 de marzo de 2012, pidiendo la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.³³
- Copia de Resolución No. No. RDP 011720 de 12 de octubre de 2012, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación por inclusión de nuevos factores salariales.³⁴
- Copia acta de notificación personal de 29 de octubre de 2012 de la Resolución No. RDP 011720 de 12 de octubre de 2012.³⁵
- Copia del recurso de reposición y en subsidio apelación, presentado el 09 de noviembre de 2012, contra la Resolución RDP 011720 de 12 de octubre de 2012.³⁶
- Copia de la Resolución No. RDP 019792 de 17 de diciembre de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la resolución que negó la reliquidación de la pensión de jubilación.³⁷
- A través de Resolución No. RDP 004169 de 30 de enero de 2013 se resolvió el recurso de apelación, manteniendo la decisión impugnada.³⁸
- Certificado de factores salariales devengados por la demandante durante el período comprendido entre mayo de 2003 y abril de 2004.³⁹
- Certificado de información laboral del demandante, expedido por el Hospital Regional del Segundo Nivel del Valle de Tenza ESE.⁴⁰

5.5- Caso Concreto

³² Folios 41-45.

³³ Folios 41-45.

³⁴ Folios 16-17.

³⁵ Folio 18.

³⁶ Folios 33-35.

³⁷ Folios 19-23.

³⁸ Folios 25-26 Vto.

³⁹ Folio 47.

⁴⁰ Folio 48.

En audiencia inicial celebrada el 27 de agosto del presente año, y al momento de la fijación del litigio, se indicó finalmente que se debía establecer si le asiste el derecho Al señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA, a que se reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio⁴¹.

Ahora bien, la negativa de la entidad demandada radica en que se debe dar aplicación al inciso final del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la cual señala:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE...”

Por otra parte, indica que los factores salariales a tener en cuenta son los previstos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, por tal razón, señala que dio cumplimiento a lo previsto en la norma.

De las pruebas obrantes en el expediente se tienen como hechos probados los siguientes:

El demandante nació el 14 de noviembre de 1947 y laboró como Auxiliar administrativo - promotor I de control de lepra, en el Hospital Regional de Guateque – Boyacá por un lapso de 26 años, 4 meses y 1 día, adquiriendo su estatus jurídico de pensionado el día 14 de noviembre de 2002, por lo tanto se le reconoció una pensión de jubilación el día 20 de enero de 2004, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2002; empero, condicionada al retiro definitivo, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 8 años y 8 meses; con la inclusión de los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, como son: asignación básica; bonificación por servicios prestados; prima de antigüedad y; dominicales y festivos.

⁴¹ Folio 141 Vto.

Luego de efectuarse el retiro definitivo del actor, mediante Resolución No. IHC 09984 de 2 de marzo de 2006, se le reliquidó la pensión de vejez, para elevar la cuantía a \$492.120.11 teniendo en cuenta nuevos tiempos de servicio y los mismos factores salariales, con efectos fiscales a a partir del 01 de mayo de 2004.

En virtud de lo anterior, el accionante elevó escrito de 15 de marzo de 2012, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez para le fueran incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios y mediante acto administrativo de 12 de octubre de 2012, la entidad accionada le negó la solicitud de reliquidación, decisión que fue confirmada mediante Resoluciones Nos. RDP 019792 de 17 de diciembre de 2012 y RDP 004169 de 30 de enero de 2013.

Sin embargo y según el certificado de salarios devengados⁴², durante el último año de servicio comprendido entre el 1 de mayo de 2003 a 30 de abril de 2004, el accionante percibió los siguientes factores salariales: **Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Subsidio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de navidad.**

Así las cosas, la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP-, le deberá reliquidar la pensión de jubilación al Señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía No. 17.182.856 de Bogotá, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año; esto es, del 1 de mayo de 2003 a 30 de abril de 2004, con la inclusión de todos los factores salariales devengados como son: **Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Subsidio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de navidad**, según certificado obrante a folio 47, oficio emanado de la Subgerencia Administrativa del Hospital Regional del Valle de Tenza.

En cuanto a la prescripción y de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, el cual prevé que las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescribirán en tres (3) años,

⁴² Folios 47 y 155.

contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, así mismo el simple reclamo por escrito formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Para tal fin se tiene que mediante Resolución No. 09984 del 02 de marzo de 2006, se le reliquidó la pensión de jubilación al demandante por retiro definitivo del servicio y una vez notificado no hizo uso de los recursos de ley, ni acudió ante esta jurisdicción para lo pertinente, sino que elevó solicitud de revisión de la prestación reconocida solo hasta el **15 de marzo de 2012**, motivo por el cual los derechos pensionales anteriores al **15 de marzo de 2009**, se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción y así se declarará.

Las sumas que resulten a favor del demandante, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la fórmula establecida por el Consejo de Estado, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes a mes, para cada asignación salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, esta fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, y en adelante se pagaran los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 del C.P.C.A.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De otro lado, se deberán efectuar de las anteriores sumas, los descuentos sobre los factores que se ordenan incluir, esto es, las primas de alimentación, grado, vacaciones y navidad, con destino al Sistema de Seguridad Social en pensiones,

en la forma como se indica en la sentencia emitida el 09 de abril de 2014, por el Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 250002325000201000014-01, en el evento que no se hubieran realizado.

5.6.- 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 Lengua⁴³ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. pml. 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

⁴³ Tomado de la página web: <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h>, consultada el 23-11-2015.

estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió la demanda 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”.

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.

Sin embargo, observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la demandada, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de defensa, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación y en tratándose de este tipo de procesos en los que interviene una entidad pública se encuentra de por medio del interés general y el patrimonio público, cuya protección se impone como interés público.

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: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos resoluciones Nos. RDP 011720 del 12 de octubre de 2012, RDP 019792 de 17 de diciembre de 2012

y RDP 004169 de 30 de enero de 2013, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del Señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA y se resolvieron los recursos, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas propuesta por la apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, frente a los derechos causados con anterioridad al **15 de marzo de 2009**, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del Derecho, se ordena a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (U.G.P.P), reliquidar la pensión de jubilación del Señor RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.182.856 de Bogotá, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de prestación de servicios; esto, entre el 01 de mayo de 2003 a 30 de abril de 2004, con la inclusión de todos los factores salariales devengados como son: **Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Subsidio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de navidad**, efectiva a partir del **25 de octubre de 2007 por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.**

Cuarto: Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha

DEMANDANTE: RAFAEL IGNACIO NEIRA HERRERA
RADICACIÓN: 150013333001 201300104 00

de ejecutoria de esta providencia por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

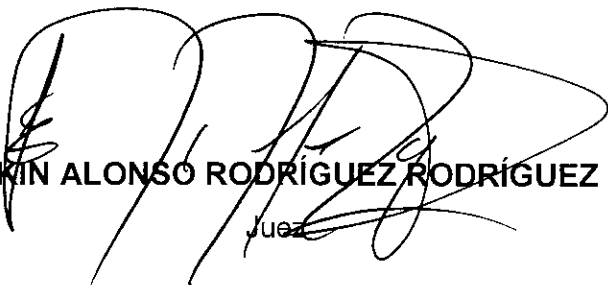
De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de no haberse efectuado los descuentos de aportes a la entidad de Previsión sobre los factores a tener en cuenta, ellos se deducirán, conforme a lo indicado en la sentencia emitida el 09 de abril de 2014, por el Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 250002325000201000014-01.

Quinto: El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

Séptimo: En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes, en la forma y términos previstos en el artículo 196 y 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez