



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Demandante: Eloy Antonio Delgadillo Bravo

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 150013333003 **2015 00058 00**

I. ASUNTO A DECIDIR.

Procede el Despacho a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada a través de apoderado judicial por el señor Eloy Antonio Delgadillo Bravo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -

II. LA DEMANDA.

Pretende la parte actora, que se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 98428 de 19 de marzo de 2014, por medio de la cual la Gerente Nacional de Colpensiones negó la reliquidación pensional del demandante.

Como restablecimiento del derecho, solicitó se condene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de jubilación del demandante de conformidad con lo señalado en sentencia de 2 de marzo de 2011 emanada del Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja, en concordancia con la Ley 33 de 1985 y la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

De igual manera, se paguen cien (100) SMLMV por concepto de perjuicios morales por el no reconocimiento y pago oportuno de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Que las sumas adeudadas sean ajustadas con base en el IPC, se paguen los intereses tal como lo señala el numeral 4 del artículo 195 del CPACA, y se condene en costas a la demandada.

Como **hechos**, indicó que: i) el demandante presentó demanda contra el entonces Instituto de Seguros Sociales atinente al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme al régimen de transición, correspondiéndole al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja, con radicado número 2008-0282 dentro del cual, en sentencia de 2 de marzo de 2011 declaró la nulidad del acto administrativo demandado y se ordenó al Instituto de Seguros Sociales reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985; ii) En firme la anterior providencia, el 6 de mayo de 2011 solicitó su cumplimiento, por lo que la entidad emitió la Resolución No. 046471 de 9 diciembre de 2011, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, la asignación básica, el subsidio de alimentación, la bonificación por servicios

prestados, y las primas de servicios, vacaciones y de navidad. iii) que el 14 de diciembre de 2012, elevó derecho de petición ante Colpensiones para que reliquidara su pensión teniendo en cuenta la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por el H. Consejo de Estado, no obstante, mediante Resolución No. 98428 de 19 de marzo de 2014 negó tal solicitud y ordenó estarse a lo decidido en Resolución No. 046471 de 9 de diciembre de 2011.

Como **normas violadas**, reseñó las siguientes: artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 42, 53, 58, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículos 2 y 3 del C.C.A.

Dentro del **concepto de la violación**, señaló que pese a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación mediante el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, la entidad demandada no le ha reconocido todos los derechos que adquirió mediando el justo título, esto es, reliquidar su pensión con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio, tal como lo estableció la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado.

Además de lo anterior, citó en extenso la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, radicado No. 2006-07509, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, respecto de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación, concluyendo que la pensión de jubilación debe liquidarse con todo lo devengado al trabajador.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La apoderada judicial de Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la entidad reliquidó la pensión del actor en cumplimiento de los parámetros señalados en sentencia judicial, es decir, con aplicación de la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo como factores salariales los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Conforme a lo anterior, indicó que en este caso procede aplicar la figura de la cosa juzgada, en la medida que no es posible declarar la nulidad de una resolución que está confirmando el debido cumplimiento de la sentencia judicial.

A su vez citó las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, para manifestar que la Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social, se restringió el Ingreso Base de Liquidación.

De lo expuesto, señaló que no existe certificación que permita establecer que el empleador para efectos de reportar el Ingreso Base de Cotización hubiese tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el trabajador, además manifestó que no se allegó prueba alguna que infiera un perjuicio moral.

De otro lado formuló como excepciones previas las de *“cosa juzgada”* y *“falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario numeral 9º*

artículo 97 del C.P.C., en concordancia con el artículo 51 y 83 del C.P.C.” Como excepciones de mérito propuso las que denominó: “Inexistencia del derecho y la obligación”, “improcedencia de los intereses moratorios”, “cobro de lo no debido”, “buena fe de Colpensiones”, “prescripción”, “Compensación” e “innominada o genérica” (fls. 137-150)

IV. AUDIENCIA INICIAL.

En desarrollo de la audiencia inicial (artículo 180 del CPACA), se resolvieron las etapas de saneamiento del proceso, la resolución de excepciones previas, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación judicial y se realizó el decreto de pruebas (fl. 165-169).

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se recaudaron e incorporaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial y se cerró el periodo probatorio (fls. 194 -195).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte demandante (fls. 215 a 225), se ratificó en los argumentos expuestos en el libelo introductorio. A su vez, señaló que no aplica el fenómeno de la prescripción toda vez que la liquidación de la pensión con los factores salariales devengados fueron solicitados de manera ininterrumpida.

La parte demandada (fls. 226 a 229), afirmó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, de manera particular, insistió en la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es, las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

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

VII. CONSIDERACIONES.

6.1. Problema jurídico. Tal como quedó fijado en la audiencia inicial, se debe determinar si el demandante tiene derecho a que la entidad enjuiciada reliquide y pague la pensión de jubilación en cuantía del 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro efectivo del servicio.

6.2. Decisión de excepciones. Como excepciones de mérito, se propusieron las de: i) “Inexistencia del derecho y la obligación”, ii) “improcedencia de los intereses moratorios”, iii) “cobro de lo no debido”, iv) “buena fe de Colpensiones”, v) “prescripción”, vi) “Compensación” y vii) “innominada o genérica”

De lo anterior, hay que decir, que las que corresponden a los numerales i) a iv) constituyen argumentos de defensa, por lo que al decidirse el caso quedarán resueltas; respecto de la excepción prevista en el numeral v) y vi), en el momento en que se determine la prosperidad de alguna de las pretensiones se decidirá; y finalmente, no hay ninguna excepción oficiosa de la cual el Despacho advierta necesario pronunciarse.

6.3.- Normatividad aplicable.

La pensión de jubilación es un derecho económico de carácter social plenamente reconocido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, y en el artículo 53 ibídem. En el plano internacional, en el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se establece que: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*. Igualmente en el numeral 1º del artículo 9 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, acorde con el nuevo sistema de seguridad social integral, contenido en la Ley 100 de 1993, se le amparó a la población trabajadora una serie de contingencias (vejez, invalidez y muerte, entre otras), a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, incluyendo tanto a los afiliados como a sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a contrarrestar las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

Pero este ordenamiento jurídico trajo consigo un régimen de transición establecido en el artículo 36, que preceptúa:

“(…)

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. (...). (Negritas fuera del texto)

El régimen general de pensiones que gobernó en materia pensional con antelación a la Ley 100 de 1993 era el establecido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1º disponía:

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

6.4. Régimen pensional aplicable al demandante.

Para decidir el caso, debe precisarse cuál es el régimen pensional aplicable al demandante, y para ello, es necesario partir de la fecha de nacimiento: 12 de octubre de 1950 (Documento No. 3 CD Antecedentes administrativos fl. 193), de ahí que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la fecha de su entrada en vigor, esto es, al 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, por tal razón, está exceptuado de las regulaciones del SGSS, por lo que resultan aplicables a su caso las Leyes 33 y 62 de 1985.

Lo anterior, implica que el régimen de transición se aplique teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad del régimen pensional, salvo que, resulte más beneficioso aplicar el principio de favorabilidad¹ para el caso concreto, respecto de los factores a tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión y del periodo sobre el cual se hace la liquidación.

Así pues, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a la pensión el empleado oficial que haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años. También dispuso, que el monto pensional equivale al 75% del salario promedio que sirvió de base a los aportes en el último año de servicio. El demandante cumplió con los requisitos de edad, como se estableció en el momento de analizar el régimen aplicable. Sobre el régimen pensional no había discusión entre las partes, sin embargo, era pertinente establecerlo para definir los factores salariales aplicables, aspecto objeto de controversia.

6.5. De lo acreditado en el proceso.

- Mediante sentencia de 2 de marzo de 2011, el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 5552 de 20 de junio de 2006, 7411 de 19 de julio de 2007 y 0529 de 28 de marzo de 2008, proferidas por el Instituto de Seguros Sociales, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Eloy Antonio Delgadillo Bravo en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 (fls. 52-62)

- Por medio de Resolución **No. 046471 de 9 de diciembre de 2011** (fls. 65 a 70), el Instituto del Seguro Social, cumplió la sentencia judicial proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja en el sentido de reconocer y pagar la pensión del actor bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985. Respecto de los factores salariales, el último párrafo del artículo 2º de la resolución, precisó:

“Que bien vale ponerle de presente que los factores salariales para liquidar las pensiones están establecidas en el Decreto 1158 de 1994, el cual en su artículo primero a la letra dispone ‘El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores; a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e)

¹ Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000232500020040614501(2533-07). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: ALCIDES BORBON SUESCUN. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y g) La bonificación por servicios prestados'. De la misma manera, resulta oportuno tener en cuenta que la prestación que será reconocida, fue liquidada, teniendo en cuenta las normas anteriormente citadas; aclarando que en ningún momento el Juzgado discriminó los factores salariales que el apoderado enuncia en su derecho de petición."
 (Negrillas fuera del texto)

- El 14 de diciembre de 2012, el demandante elevó derecho de petición a la entidad demandada atinente a la liquidación de su pensión con la totalidad de los factores salariales, de acuerdo con la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sala Plana de la Sección Segunda del Consejo de Estado (fls. 33-51).

- Por medio de Resolución No. GNR 98428 de 19 de marzo de 2014, COLPENSIONES resolvió estarse a lo resuelto en la Resolución No, 046471 de 9 de diciembre de 2011, en razón a que se cumplió una orden judicial, existiendo una situación jurídica consolidada (fls. 30-31).

- A folios 72 y 73, obra certificación de factores salariales devengados por el actor, suscrita por la Directora Técnica de Prestación de Servicios de la Secretaria de Salud del Departamento de Boyacá, correspondiente al período de octubre de 2003 a noviembre de 2004, donde se destaca que el actor devengó: Asignación básica, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Como se dijo en el marco normativo, la cuantía de la pensión de jubilación vitalicia del demandante corresponde al 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo que para el caso corresponde al periodo de noviembre de 2003 a noviembre de 2004.

Para una mayor ilustración, se resume en la siguiente tabla los factores salariales devengados, los reconocidos y los solicitados en la demanda, a continuación:

FACTORES DEVENGADOS (Periodo noviembre de 2003 a noviembre de 2004)	FACTORES RECONOCIDOS Resolución No. 046471 de 9 de diciembre de 2011 (Decreto 1158 de 1994).	FACTORES NO RECONOCIDOS Y SOLICITADOS
Asignación Básica	X	
Bonificación por servicios prestados	X	
Prima de vacaciones		X
Prima de servicios		X
Prima de Navidad		X
Subsidio de alimentación		X

Así pues, es evidente que no se tuvieron en cuenta como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación del demandante: **la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, al igual que el subsidio de alimentación.**

En este punto, cabe indicar que si bien el acto que liquidó la pensión del señor Eloy Antonio Delgadillo Bravo bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, se expidió en cumplimiento de una orden judicial que ordenaba el reconocimiento de su pensión, es claro que, en lo relacionado con los factores salariales nada se dijo, razón por la cual, tal aspecto no fue examinado en la sentencia de 2 de marzo de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja, dentro del expediente 2008-00282-00.²

Tal aspecto fue señalado en la Resolución No. 046471 de 9 de diciembre de 2011, donde se aclaró que los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación del actor son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Por consiguiente, el Despacho analizará si es dable liquidar la pensión del demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio.

6.6. De los factores salariales no reconocidos.

En principio, la Ley 33 de 1985 no estableció los factores salariales a tenerse en cuenta para liquidar el ingreso base de liquidación para establecer la pensión de jubilación, aspecto que lo suplió el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en donde se estableció cuáles eran los factores para tenerse en cuenta al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por virtud de la Ley 33 de 1985, así:

“(...) 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.”

En otro análisis, si bien el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 no incluyó el **subsidio de alimentación**, ni la **prima de vacaciones**, **prima de navidad** y **prima de servicios**, como factores para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión a reconocerse por lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, que ha sido ratificada en posteriores decisiones³, señaló 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.

² Es de resaltar que la anterior circunstancia fue examinada en audiencia inicial al resolver la excepción previa de cosa juzgada, propuesta por la entidad demandada.

³ Se pueden consultar, la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A de 10 de febrero de 2011, Expediente No. 76001-23-31-000-2006-02053-01(0448-10). Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y el Fallo de 17 de febrero de 2011 de la misma Subsección, Radicación No. 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10). Magistrado Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Así lo ha considerado también el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, MP Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente: 150013133008-2007-00157-01

Siguiendo las pautas trazadas en la jurisprudencia mencionada, para liquidar la pensión del demandante se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, incluyendo **el subsidio de alimentación y la prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios**, a las cuales el Legislador les dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente se estableció en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que al efecto dispuso:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.” (Negrilla fuera de texto).

6.7. El pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015.

Como quiera que la parte demandada acude en sus razones de defensa a las sentencias SU-230 y C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, el Despacho las analizará respecto del caso en consideración.

La sentencia SU-230 de 2015, en lo concerniente a la sentencia C-258 de 2013, señaló:

“Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013, se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”.

Ahora bien, al revisar con detenimiento el contenido de la sentencia C-258 de 2013, a la que alude la sentencia SU-230 de 2015, se encuentra que la misma Corte Constitucional expuso enfáticamente que:

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

(…)”

Bajo ese orden de ideas, lo que encuentra esta instancia es que la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, realizó una interpretación de la sentencia de exequibilidad dándole un alcance que ésta nunca otorgó, en tanto, en ella se indicó de forma clara y precisa que sus consideraciones no tendrían alcance respecto de los demás regímenes pensionales, ya que por sus especiales connotaciones merecían un estudio particular, de ahí que esa tesis no será tenida en cuenta, en tanto en las decisiones citadas se estudió un régimen pensional especial, esto es, el de congresistas y similares, establecido en la Ley 4 de 1992, mientras que en el *sub lite* el análisis se centra en un régimen general como es el aplicable a la demandante.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2015 en Sentencia de Unificación, expediente No. 25000234200020130154101, señaló que la Corporación ha sostenido de forma unánime por más de veinte años que: *“el monto de las pensiones del régimen de transición pensional comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%)”*. La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4º de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la Sentencia C-258 de 2013 (...).”

En vista de ello, el Juzgado mantiene la tesis de aplicar la Sentencia de Unificación sobre la materia, proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, a la cual ya se hizo referencia, y que ha sido reiterada y pacífica en ese Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴, consistente en que las pensiones se deben reliquidar con todos los factores salariales, no sólo los que señala la Ley 62 de 1985, como quedó explicado.

Como quiera, que el Despacho declarará la nulidad del acto demandado, la entidad demandada deberá reliquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta los factores devengados en el **último año de servicios**, esto es, a parte de los ya reconocidos (asignación básica y bonificación por servicios prestados), los correspondientes al **subsidio de alimentación**, al igual que **la prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios**, sobre los cuales deberá hacer el descuento de los aportes correspondientes, en caso de no haberse efectuado, para efectos de **salud y pensión**, aspecto que resulta ser favorable para la entidad demandada, de ahí que de esta manera queda probada la excepción denominada "compensación"

6.8. Perjuicios morales

Para el Despacho es evidente que no es factible acceder al pago de los perjuicios morales, pues no se advierten la presencia de daños que deban ser indemnizados patrimonialmente. Para que el daño pueda ser indemnizado, debe ser antijurídico, cierto y concreto, puesto que, el perjuicio moral constituye la aflicción subjetiva por el obrar ilegítimo de la administración respecto de un particular, el cual, es necesario que se demuestre, porque no puede presumirse un dolor por el no pago de una prestación social periódica.

Como en este caso no se trata de un hecho notorio, la parte actora está obligada a acreditar que el perjuicio moral es real, por lo que, es indispensable que el mismo esté justificado en el proceso, prueba que se echa de menos, de ahí que es imposible inferir que el demandante haya padecido alguna afectación, angustia, temor, dolor o aflicción por la omisión de reliquidar su pensión de vejez con la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de retiro del servicio.

Entonces, como el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por tanto, no basta con asignar calificativos, pues es necesario demostrar su existencia a través de cualquier medio de prueba. Así las cosas, como las pruebas obrantes en el proceso son insuficientes para determinar el daño, se negará su pretensión.

6.9 Prescripción.

Conforme a lo señalado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos prescriben en el término de 3 años contados a partir de que la obligación se hace exigible, y el reclamo escrito interrumpe la prescripción por un lapso igual.

⁴ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 22 de septiembre de 2016. Radi. No. 11001031500020160009400. C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

En el caso examinado, el demandante solicitó la reliquidación de la prestación mediante escrito radicado en la entidad demandada el **14 de diciembre de 2012** (fls. 33 a 51), por lo que esta petición interrumpió la prescripción del derecho por un lapso igual. De esta forma, como la pensión de jubilación empezó a ser pagada a partir del 13 de octubre de 2005 (fl. 69), se concluye que operó el fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad al **14 de diciembre de 2009**.

6.10. De la liquidación

Las diferencias resultantes a favor del demandante, serán debidamente indexadas en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma dejada de percibir por la accionante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, liquidación que se hará mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

6.11. Costas procesales.

Para el presente caso, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., aplicable de acuerdo con la decisión proferida el 15 de mayo de 2014 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Rad. No. 44544 con Ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, así como el Acuerdo No. 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no se condenará en costas a la parte vencida, toda vez que prosperó parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la apoderada de COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de compensación y de prescripción de mesadas pensionales causadas antes del 14 de diciembre de 2009, propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. GNR 98428 de 19 de marzo de 2014, proferida por COLPENSIONES, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a COLPENSIONES, reliquidar y pagar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta los factores devengados en el **último año de servicios**, esto es, además de los ya reconocidos (**asignación básica y bonificación por servicios prestados**), los correspondientes al **subsidio de alimentación**, al igual que **la prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios**, a partir del año anterior a la fecha de retiro del servicio, es decir, del 1º de diciembre de 2003 al 30 de noviembre de 2004, con efectos fiscales a partir del 14 de diciembre de 2009, por operar la figura de la prescripción de las mesadas pensionales.

De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordena el reconocimiento de la pensión. Además, deberá hacerse el descuento de los aportes correspondientes en caso de no haberse efectuado.

CUARTO: NEGAR las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: LIQUIDAR la condena conforme a la parte motiva.

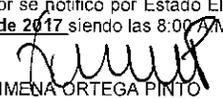
SEXTO: CUMPLIR la sentencia en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 192 Ley 1437 de 2011, de igual forma, una vez en firme la Sentencia, remítase copia de la misma para su ejecución y cumplimiento, según lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: No se condena en costas en esta instancia.

OCTAVO: Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


EDITH NATALIA BUITRAGO CARO
Juez

JUZGADO 3º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
La providencia anterior se notificó por Estado Electrónico No. <u>1</u> de hoy <u>13 de enero de 2017</u> siendo las 8:00 A.M.
 XIMENA ORTEGA PINTO Secretaria