



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0206 00
Demandante: BLANCA NIEVES CARO CASTILLO
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ– SECRETARÍA DE
HACIENDA – FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE
BOYACÁ

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** BLANCA NIEVES CARO CASTILLO, identificada con C.C. No. 23.267.698 de Tunja.
- **DEMANDADO:** Departamento de Boyacá – Secretaría de Hacienda – Fondo Pensional Territorial de Boyacá

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la demandante solicitó la nulidad de la **Resolución N° 0431 del 3 de noviembre de 2015**, expedida por la Secretaría de Hacienda de Boyacá como Administradora del Fondo Pensional Territorial de Boyacá, mediante la cual se negó la reliquidación de pensión por factores salariales de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al Departamento de Boyacá – Secretaría de Hacienda – Fondo Pensional Territorial de Boyacá a calcular el valor de la mesada pensional sobre el 75% del promedio de todos los factores salariales

devengados por la demandante en el año anterior a la fecha de retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo estipulado en la Ley 33 de 1985.

De la misma manera, solicita que se condene a la demandada a reconocer y pagar a la señora Blanca Nieves Caro Castillo las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, desde la fecha de status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina, que la condena se ajuste de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, que se cumpla la sentencia en concordancia con los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

Señaló, que la señora Blanca Nieves Caro Castillo por reunir los requisitos establecidos en la ley, a través de la Resolución N° 0190 del 27 de julio de 1999 se le ordenó el reconocimiento y el pago de la pensión vitalicia de vejez.

Indicó que la demandante se retiró definitivamente del servicio a partir del 27 de diciembre de 2000, que por tanto, la entidad demandada mediante la Resolución N° 00138 del 26 de julio de 2012 ordenó la reliquidación de la pensión de vejez.

Que el valor de la mesada pensional fue calculado sin tener en cuenta, en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos por la demandante durante el año anterior al retiro del servicio, que la decisión adoptada en el acto administrativo de reliquidación de la pensión se basó en lo determinado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo manifestó, que el 7 de mayo de 2014 solicitó la reliquidación de la pensión pidiendo la inclusión en la base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos por la demandante durante el último año de servicios, en aplicación a la Ley 33 y 62 de 1985, que dicha petición fue resuelta a través de la Resolución N° 0431 del 3 de noviembre de 2015, argumentando la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 29 y 85.

NORMAS DE RANGO LEGAL

Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indicó, que el debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

Que de esa forma se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones. Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por la Corte Constitucional en diversos fallos, precisándose que quien participe en ellos debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas con la plena observancia de las formas propias que los rija. Así pues, el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no solo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas.

Afirmó, que la interpretación y aplicación normativa por la demandada para establecer la cuantía de la pensión del demandante, es contraria a lo previsto en la Carta Política, si se tiene en cuenta lo señalado por las Altas Cortes en casos similares al presente, y que a las excepciones que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse solo en tanto a la norma especial que resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad. Si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Señaló, que para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación para quienes se encuentran en la situación prevista en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad y en consecuencia para el presente caso ordenar la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley 33 de 1985.

Resaltó, que a partir de la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 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, que conforme a lo anterior, la liquidación efectuada por la entidad demandada es incorrecta, por cuanto desconoció el derecho de la demandante al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior, lo que impone en éste caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985.

1.1.3. OPOSICIÓN (fls. 44-53):

El apoderado de la entidad accionada, en su escrito, solicita que se nieguen las pretensiones, toda vez que los actos de reconocimiento y reliquidación de la pensión de jubilación otorgada a la señora Blanca Nieves Caro Castillo, así como el que se demanda están debidamente soportados en disposiciones legales y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Manifestó, que el Departamento de Boyacá al reconocer y reliquidar la pensión de la señora Blanca Nieves Caro (Resoluciones N° 0190 del 27 de julio de 1999 y 0138 del 26 de julio de 2002) aplicó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 y la Ley 33 de 1985, efectuando su liquidación con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año por la pensionada.

Indicó, que en la demanda no se expresa de forma concreta los factores salariales reclamados, que se infiere de la liquidación descrita en la estimación razonada de la cuantía no haberse incluido para la pensión los factores salariales de auxilio de transporte y prima técnica, que respecto del auxilio de transporte, se evidencia que en la Resolución N° 00138 del 26 de julio de 2002 erróneamente se le denomina al auxilio de transporte como prima de transporte, lo cual quiere decir que el auxilio de transporte devengado en el último año de servicio si se incluyó en dicha resolución.

Que respecto a la prima técnica, el artículo 4 del Decreto 1661 del 27 de junio de 1991 señaló, que dicha prima se pagaría mensualmente y sería compatible con el derecho a percibir gastos de representación, que constituiría factor salarial cuando se otorga con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del referido decreto y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.

Expresó, que a la señora Blanca Nieves Caro a través de las resoluciones Nos 2547 del 2 de septiembre de 1999 y 2156 del 24 de julio de 2000, le fue reconocida prima técnica por evaluación del desempeño, por lo cual de acuerdo con la norma descrita la prima técnica reconocida a la demandante no tiene carácter de salarial por expresa prohibición de la norma que la creo.

Como excepciones propuso: “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “ineptitud sustantiva de la demanda”, “ausencia de derecho para demandar” y “prescripción”

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 230-232): Insistió en que se deben acceder a las pretensiones de la demanda toda vez que sus fundamentos son de origen constitucional, especialmente los relacionados con el principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades, que conforme a ello se debe incluir la prima técnica en la liquidación de la pensión.

Indicó, que el Decreto 1661 de 1991 en su artículo 7 estableció que la prima técnica constituiría factor de salario cuando se otorgara con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del referido decreto y que no constituirá factor salarial cuando se asignara con base en la evaluación del desempeño, no obstante lo anterior, en desarrollo de los principios constitucionales dicho factor se debe tener en cuenta al momento de reliquidar la pensión de la demandante, pues así lo ha establecido el Consejo de Estado en una de sus providencias en donde precisó la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las normas.¹

Entidad Demandada (fls.227-229): reiteró los argumentos jurídicos planteados en la contestación de la demanda, y resaltó que en el presente caso no procede el reconocimiento de la prima técnica en la reliquidación pensión del demandante toda vez que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 se señaló que no constituiría factor salarial y asimismo lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996, que por tanto, las pretensiones de la demanda se deben desestimar.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 16 de diciembre de 2015 (fls. 31-33) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 8 de marzo de 2016, a través del correo electrónico suministrado por la parte actora (fls. 38 y 41); por lo anterior, a partir del 9 de marzo de 2016 y hasta el 19 de abril de 2016, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 20 de abril de 2016 al 2 de junio de 2016, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial el 30 de junio y el 7 de julio del presente año en la cual se fijó el litigio, se resolvieron las excepciones propuestas por la entidad demandada y se decretaron pruebas de oficio, se incorporaron las pruebas y se ordenó correr alegatos de conclusión por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), 25000234200020130154101

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

Problema Jurídico: ¿La demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en virtud de la aplicación del régimen de transición de la Ley 33 de 1985?

Tesis de la parte demandante: La liquidación de la pensión de la señora Blanca Nieves Caro Castillo debe efectuarse con la inclusión del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con lo estipulado en la Ley 33 de 1985 (fl. 2).

Tesis entidad demandada: afirma que se deben denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que al reconocer y aplicar la pensión de la demandante se aplicó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 y la ley 33 de 1985 efectuando su liquidación con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año por la pensionada.

El Despacho sostendrá que se deben denegar las pretensiones de la demanda toda vez que la Ley² y la Jurisprudencia³ han sostenido que la prima técnica no constituye factor salarial cuando se designa con base en la evaluación del desempeño, situación que se presenta en el presente caso.

4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia auténtica de la Resolución N° 0431 del 3 de noviembre de 2015, por medio de la cual se niega el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la señora Blanca Nieves Caro. (fls. 12-14)
- Resolución N° 00138 del 26 de julio de 2002, suscrita por el Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá Administrador del Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá, en donde se reliquidó la pensión de la demandante, en

² Decreto 1661 de 1991

³ Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado sentencia del 30 de julio de 2015, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia C-279 de 1996

cuantía de quinientos dieciséis mil quinientos nueve pesos (\$ 516.509), efectiva a partir del 28 de diciembre de 2000, teniendo en cuenta el “*sueldo último año, prima de navidad, prima de servicios, prima de alimentación, prima de vacaciones, horas extras, prima de transporte y bonificación*”. (fls. 98-99)

- Resolución N° 0190 del 27 de julio de 1999, suscrita por el coordinador de prestaciones económicas del Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá, y en el cual se reconoció y ordenó el pago a favor de Blanca Nieves Caro Castillo la pensión de vejez en cuantía de Trescientos Sesenta y Siete Mil Ochocientos Ochenta y Seis Pesos (\$ 367.886), a partir del retiro efectivo (fls. 94-95).
- La demandante laboró al servicio del Estado desde el 20 de enero de 1970 hasta el 27 de diciembre de 2000, en el cargo de auxiliar administrativo en la Institución Educativa Silvino Rodríguez (ver certificado de información laboral fls.145-146).
- Copia de la Resolución N° 2547 del 2 de septiembre de 1999, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la prima técnica a la señora Blanca Nieves Caro (fls. 151-152)
- La señora Blanca Nieves Caro Castillo, nació el 16 de agosto de 1943 (copia de registro de nacimiento fl.69 y copia de cédula de ciudadanía fl.63)
- De conformidad con el certificado original de salarios y devengados (fls. 15-25) la señora Blanca Nieves Caro percibió durante el último año de servicios (27 diciembre 1999 a 27 diciembre de 2000) los siguientes factores salariales:

Asignación Básica
Auxilio de Transporte
Horas Extras
Prima de Alimentación
Prima de Navidad
Prima Técnica
Bonificación
Prima de Servicios y
Prima de Vacaciones

5.3- ARGUMENTOS JURÍDICOS.

5.3.1. Precisiones del caso y normatividad aplicable a la pensión de jubilación.

Observa el Despacho que el Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá a través de la Resolución N° 0190 del 27 de julio de 1999, reconoció y ordenó el pago a la señora Blanca Nieves Caro Castillo una pensión de jubilación, al encontrar que la demandante había laborado al “GOBIERNO CENTRAL Y AL FER”, entre el 2 de enero de 1970 al 30 de diciembre de 1998, razón por la cual consideró que “*de conformidad con el Artículo 1º. del decreto 2143 de 1.995 y en concordancia con el Art. 36 de la Ley 100 de 1.993*

(Régimen de Transición) se procede a efectuar la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios entre el 1 de Enero de 1.998 y el 30 de Diciembre de 1.998...” (fl.95).

Posteriormente, a través de la Resolución N° 00138 del 26 de julio de 2002, suscrita por el Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá Administrador del Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá, reliquidó la pensión de la demandante, en cuantía de quinientos dieciséis mil quinientos nueve pesos (\$ 516.509), efectiva a partir del 28 de diciembre de 2000, teniendo en cuenta el “*sueldo último año, prima de navidad, prima de servicios, prima de alimentación, prima de vacaciones, horas extras, prima de transporte y bonificación*”. (fls. 98-99)

Seguidamente, la señora Blanca Nieves Caro Castillo a través de derecho de petición radicado el 7 de mayo de 2014 (fls. 133-134), solicita a la entidad demandada la revisión y/o reliquidación de su pensión jubilación, dicha decisión fue resuelta después del amparo concedido en la acción de tutela proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja (fls. 170-173 y vto), para lo cual el Fondo Territorial de Pensiones a través de la Resolución N° 0431 del 3 de noviembre de 2015 resolvió negar la reliquidación de la pensión de la demandante bajo el argumento que “ *los factores salariales que el solicitante pretende que se (sic) reliquidar la pensión no están estipulados en el Decreto 1158 de 1994, y tampoco en las leyes 33 y 62 de 1985, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta, además no guarda una relación de casualidad (sic) con la prestación del servicio, toda vez que no tienen relación directa con este y no todos los emolumentos que recibe un empleado constituyen salario, solo aquellos que tienen relación directa con el servicio...”*. (fl.13)

Así las cosas y para resolver el problema jurídico arriba planteado, el Despacho considera necesario hacer las siguientes precisiones:

Con la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten como son: el régimen solidario de prima media con prestación definida y - El régimen de ahorro individual con solidaridad. La Ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez.

Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición. La ley 100 de 1993, a través de su artículo 36, implementó un régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar a regir esta ley, se encontraran próximas a cumplir con los requisitos para alcanzar el reconocimiento de su pensión de vejez, bajo las normas vigentes hasta ese momento.

Es decir, la razón de ser del régimen de transición es la de no frustrar las expectativas que estas personas tienen de acceder a su pensión con base en unos requisitos menos exigentes que los propuestos por la Ley 100 de 1993, y con unas condiciones más favorables. Por lo tanto no tiene por qué verse menoscabado tal derecho con la expedición de una ley posterior, al respecto el artículo 36 estableció el régimen de transición en los siguientes términos:

“ARTICULO 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 años 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.*

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 los 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. (...). (Negrilla y subraya fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), quienes contaran con 35 o más años de edad si son mujeres o 40 años o más si son hombres, o 15 o más años de servicio cotizados, se les aplicaría el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, lo cual solo les resulta aplicable en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicios y al monto de la prestación.

En el presente caso encuentra el Despacho que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Blanca Caro Castillo se hallaba dentro del régimen de transición, toda vez que para la fecha cumplía con más de 50 años de edad y más 20 años de servicio, como quiera que de acuerdo con el registro civil de nacimiento de la demandante⁴, así como la certificación expedida por la profesional especializada del grupo de historias laborales de la secretaría de educación departamental⁵, la demandante tenía 51 años de edad y 24 años de servicio.

A este misma conclusión llego al entidad demandada, no obstante consideró, que el régimen respecto a los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para

⁴ 16 de agosto de 1943 fl.69 y copia de cédula de ciudadanía fl.63

⁵ La señora Blanca Caro Castillo laboró al servicio del Estado desde el 20 de enero de 1970 hasta el 27 de diciembre de 2000, en el cargo de auxiliar administrativo en la Institución Educativa Silvino Rodríguez. (fl. 145-146)

determinar el ingreso base de liquidación era el establecido en el Decreto 2143 de 1995 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fl. 95); no obstante la accionante considera que a la misma se le debe aplicar en su integridad el régimen establecido en la Ley 33 de 1985, en cuanto dicha situación le es más favorable. Al respecto es preciso señalar que el artículo 1 de la referida disposición establece que el empleado oficial tendría derecho a una pensión vitalicia de jubilación correspondiente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que hubiese cumplido 55 años de edad y haya prestado su servicio por 20 años ya sean continuos o discontinuos; no obstante el parágrafo 2 del artículo 1 establece:

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

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la señora Blanca Nieves Caro Castillo a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) contaba con 15 años de servicios al Estado, resultaba ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, lo que permite establecer que el régimen aplicable pensional sería el establecido con anterioridad, pues dicha transición no hace más que respetar, por mandato constitucional, todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos, conforme a disposiciones normativas anteriores y por ello dicha garantía no debe ser extensiva solo a la edad, sino a las demás disposiciones sobre monto y factores contenidos en las normas anteriores, ya que son estas las que rigen al empleado oficial que habiendo servido al Estado el tiempo estipulado, no ha cumplido la edad cronológica para exigir la prestación, o todavía no la ha reclamado. Entonces, los empleados oficiales que se encuentran dentro del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, conservan el régimen que para entonces se aplicaba al orden nacional, es decir los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

De acuerdo con lo anterior, es claro para el Despacho que contrario a lo expuesto por la parte actora en la demanda así como en los diferentes derechos de petición presentados ante la entidad accionada, el régimen aplicable no es el establecido en la Ley 33 de 1985, toda vez que como se expresó en párrafos anteriores la señora Blanca Nieves Caro Castillo, se encontraba cobijada por el régimen de transición allí establecido.

5.3.2. Factores base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Blanca Nieves Caro Castillo.

Como ya se precisó, en el presente caso no es aplicable la normatividad establecida en la Ley 100 de 1993, así como tampoco la señalada en la Ley 33 de 1985, pues atendiendo al régimen de transición en el cual se encontraba incluida la demandante el ingreso base de liquidación se encontraba regulado en la normatividad anterior.

Al respecto la Ley 6 de 1945, en su artículo 17 establecía el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de los empleados que hubieran llegado a los 50 años de edad y 20 de servicio continuo o discontinuo, en los siguientes términos:

“Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. (...).”

Posteriormente el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, modificó el artículo 17 de la Ley 6 de 1945:

“ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

Dicha norma fue regulada por el Decreto 1743 de 1966 que estableció

“ARTÍCULO 5. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2025 de 1966. El nuevo texto es el siguiente:> A partir del veintitrés (23) de abril de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación, o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.”

Por su parte el Decreto Ley 1045 de 1978, en su artículo 45 determinó los factores salariales que han de tenerse en cuenta para el reconocimiento y pago de pensiones, y que por consiguiente debieron ser objeto de inclusión en la base para la liquidación de los aportes para pensión, los cuales corresponden a los siguientes:

- 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 inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.”

Así las cosas, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado los factores allí enunciados no corresponden a una lista que sea netamente taxativa, por el contrario, la misma solo establece algunos de los factores que deben de ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, al respecto sobre el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el Máximo Órgano de Cierre de esta Jurisdicción señaló⁶:

“Encontrándose demostrado que el régimen pensional que aplicó la Entidad demandada, fue el contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación, con el siguiente tenor literal:

(...)

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.⁷” (Negrilla y subraya fuera del texto)

Este mismo planteamiento fue reiterado por dicha Corporación en sentencia de unificación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidación de la pensión, la cual indicó:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 9 de julio de 2009. Radicado: (0208-07)

⁷ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

“(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)

antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

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

(...)

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.⁸ (Negrilla y subraya fuera del texto)

De igual forma el Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 2014; radicado 0837-12 Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve se refirió en un caso similar al puesto en consideración de esta instancia y señaló:

*“Ahora bien, en punto de la reliquidación de la prestación pensional del demandante resulta relevante señalar que, la tesis mayoritaria de esta Subsección, expresada en la sentencia de 18 de junio de 2009. Rad. 0179-2008. MP. Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez, ha considerado que respecto a la forma de determinar la base de liquidación pensional, en casos como el que hoy ocupa su atención, y **en los cuales quien solicita el reconocimiento de una prestación pensional resultaba beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, debía acudir a los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enunciación que de acuerdo a la tesis mayoritaria adoptada por esta Sección no podía ser entendida de manera taxativa.***

(...)

*En otras palabras, contrario a lo expresado por la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, **no hay lugar a excluir del cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión reconocida al demandante los factores devengados por este en el último año en que prestó sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado el innegable carácter salarial que les asiste a éstos según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación.*** (Negrilla y subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior es claro que a pesar que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enlista una serie de factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación para la pensión de la demandante, como lo establece la jurisprudencia antes referida, dicha lista no es taxativa, razón por la cual para determinar el monto reconocido a la señora Blanca Nieves Caro Castillo, es

⁸ Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda; C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010; radicado: 0112-09.

necesario que se tengan en cuenta todos aquellos elementos que constituyen factor salarial.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la demandante se encuentra amparada en el régimen de transición de la referida ley, lo que significa que se le confiere el beneficio de pensionarse conforme a la edad exigida en normas anteriores, por tanto, su pensión se rige por la Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, entonces corresponde al Despacho establecer si los factores devengados durante el último año de servicios 27 de diciembre de 1999 al 27 de diciembre de 2000⁹ y el aquí discutido **prima técnica**, se debe incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, pues a ello se encaminaron las pretensiones de la demanda.

Pues bien de acuerdo al caudal probatorio se evidencia que a través de la Resolución N° 00138 del 26 de julio de 2002 (fls. 98-99) se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta el “*sueldo último año, prima de navidad, prima de servicios, prima de alimentación, prima de vacaciones, horas extras, prima de transporte y bonificación*”, encontrando el Despacho consonancia con lo señalado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978:

“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán 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 inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.”

⁹ Asignación Básica, Auxilio de Transporte, Horas Extras, Prima de Alimentación, Prima de Navidad, Bonificación, Prima de Servicios y Prima de Vacaciones

Ahora, la Instancia establecerá sí la prima técnica devengada por la demandante en el último año de servicios debe ser incluida en la liquidación de la pensión tal y como lo solicita con la presente demanda.

Pues bien, para resolver se evidencia que a través de la Resolución N° 2547 del 2 de septiembre de 1999 la Secretaría de Educación Departamental reconoció y ordenó el pago de la prima técnica por “evaluación del desempeño” a la demandante, toda vez que reunió los requisitos exigidos de conformidad con el Decreto Ley 1661 de 1991, Resolución N° 05737 de 1994. (fls. 151-152), asimismo, allí se estableció que según el certificado del coordinador de hojas de vida la demandante tenía los porcentajes de calificación exigidos para el pago y reconocimiento de la referida prima desde el 1 de marzo de 1996 en adelante, mientras subsistieran los motivos que dieron origen a su reconocimiento.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta el acto administrativo que reconoció la prima técnica por evaluación del desempeño a la demandante, para el Despacho no cabe ninguna duda que su fuente de reconocimiento fue legal, Decreto 1661 del 27 de junio de 1991¹⁰, allí se determinó que la prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener a los servidores públicos altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo de la Rama Ejecutiva del Poder Público¹¹.

No obstante, el artículo 7 del mismo decreto, estableció que la Prima Técnica asignada se pagará mensualmente y constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del referido Decreto, **y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.**

Asimismo, el artículo 2 estableció:

“... Criterios para otorgar Prima Técnica. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.

a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años; o,

b)- Evaluación del desempeño.”

¹⁰ Por medio del cual se modificó el régimen de Prima Técnica, se estableció un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictaron otras disposiciones

¹¹ Artículo 1 Decreto 1661 de 1991

Así las cosas y de conformidad con la norma transcrita **la prima técnica no constituye factor salarial cuando se designa con base en la evaluación del desempeño**, por tanto, la prima devengada por la demandante no puede ser incluida en la reliquidación de la pensión, pues no constituye factor salarial.

Al respecto, es preciso indicar que la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado mediante sentencia del 30 de julio de 2015, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, consideró:

“Es tan viable el trato diferenciado en la prima técnica que en unos casos constituye factor salarial y en otros no. La Corte Constitucional se pronunció particularmente sobre la prima técnica cuando esta no constituye factor salarial. mediante la Sentencia C- 279 de 1996¹², y en ella declaró exequible las siguientes frases “...y sin que constituya factor salarial” del numeral 3°, artículo 2° de la Ley 60 de 1990; “...sin carácter salarial” de los artículos 14 y 15 de la Ley 4° de 1992. En esa oportunidad, esa Corporación analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual, el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales. Finalmente adujo, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores¹³, textualmente afirmó:

“...Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional”.

También advirtió:

“...no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la república. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que

¹² Conjuez Ponente Dr. Hugo Palacios Mejía.

¹³ C-279 de 1996 M.P. Hugo Palacios Mejía

no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos”.

A la misma conclusión llegó en la sentencia C- 424 de 2006 en donde estudió la constitucionalidad del artículo 7º del Decreto 1661 de 1991 “Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”.

Entonces, bajo la anterior perspectiva el Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda pues es la misma ley la que establece que la prima técnica por evaluación del desempeño no constituye factor salarial, ello sin que se vulnere el derecho a la igualdad pues así lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

7. De Las Costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el artículo 365 del C.G.P. y dada la disparidad presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho, este despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado¹⁴, que frente al particular concluyó lo siguiente:

“(…)

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada). Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

Visto lo anterior atendiendo el criterio **objetivo** emanado del análisis jurisprudencial en cita, debe decir el Despacho que no encuentra en el expediente elementos de juicio suficientes para establecer las costas, pues aunque la entidad demandada fue vencida en juicio, ello no basta para su reconocimiento, pues ha de contar el juez con parámetros de decisión suficientes para establecer su comprobación, razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia.

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

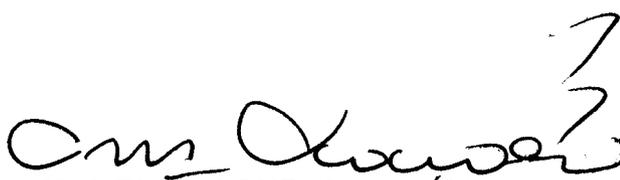
RESUELVE:

PRIMERO.- Negar las pretensiones formuladas por la señora BLANCA NIEVES CARO CASTILLO contra el Departamento de Boyacá – Secretaría de Hacienda – Fondo Pensional Territorial de Boyacá.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida por lo expuesto en esta providencia.

TERCERO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ

¹⁵ "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"