



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015).

Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Radicado: **15001 33 33 004 2014 00031 00**

Demandante: **ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA**

Demandado: **UGPP**

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:** ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, identificado con C.C. No. 1.020.168 de Ciénega.
- **DEMANDADO:** Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

La declaratoria de nulidad de la Resolución No. RDP 038866 de 23 de agosto de 2013, proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la demandante, de la Resolución No. RPD 043313 del 19 de septiembre de 2013, expedida por la UGPP mediante la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando la anterior.

A título de restablecimiento del derecho, se declare que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP debe reconocer, liquidar y pagar al señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, identificado con C.C. No. 1.020.168 de Ciénega, la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios efectiva a partir del 1 de junio de 1994.

Que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El demandante laboró como servidor público de la siguiente manera:

ENTIDAD EN LA QUE LABORÓ	PERIODO LABORADO
Departamento de Boyacá	- Desde el 18 de enero de 1955 al 15 de noviembre de 1955 - Desde el 01 de enero de 1956 al 31 de mayo de 1956 - Desde el 01 de enero de 1957 al 30 de junio de 1957 - Desde el 27 de enero de 1960 al 30 de septiembre de 1969
Fondo Nacional de Caminos Vecinales	- Desde el 12 de mayo de 1980 al 31 de mayo de 1994

El demandante nació el día seis (06) de septiembre de 1934, adquiriendo su status jurídico de pensionado, por edad, el 6 de septiembre de 1989, retirándose del servicio el 1 de junio de 1994.

CAJANAL expidió la Resolución No. 003430 del 25 de abril de 1995, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de Vejez a favor del accionante a partir del 1 de junio de 1994, fecha de retiro del servicio. Posteriormente el demandante solicitó la reliquidación de su pensión, petición que fue negada por la entidad demanda mediante Resolución No. RDP 038866 de 23 de agosto de 2013, confirmada mediante Resolución No. RPD 043313 del 19 de septiembre de 2013.

Que para el último año de servicios (01 de junio de 1993 a 31 de mayo de 1994), el demandante percibió la Asignación Básica, Prima de Antigüedad, Auxilio de Alimentación, Subsidio de Transporte, Prima de Servicios, Prima de vacaciones, Prima de Navidad.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- DERECHO A LA PENSIÓN

Frente al derecho a la pensión existe discrepancia en el entendido que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez bajo las reglas de la ley 33 de 1985, sin tener en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición de dicha ley, por lo que corresponde liquidar la pensión bajo las reglas de la Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y en el Decreto Ley 1045 de 1978, incluyendo como base para la liquidación de la pensión, la totalidad de los factores devengados por la

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

demandante en el último año de servicios en un porcentaje del 75% del promedio de lo devengado.

No obstante, el demandante adquirió su status pensional a los cincuenta y cinco (55) años de edad y le fue liquidado en un porcentaje del 75% del promedio de lo devengado. Por lo que no habría discrepancia en lo que respecta al porcentaje aplicable y a la edad para adquirir el status pensional.

2.- ENTIDAD OBLIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN:

Para el presente caso la entidad obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación es CAJANAL E.I.C.E., ahora la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P.

3.- MONTO DE LA PENSIÓN:

Tampoco existe discrepancia en torno a que el monto de la pensión de jubilación debe ser del 75%, así lo reconoce la Resolución 003430 del 25 de abril de 1995.

4.- FACTORES SALARIALES

Aquí está la discrepancia con la decisión administrativa, en la cual se sostiene que el IBL debe estar conformado exclusivamente con la ASIGNACIÓN BÁSICA, no está de acuerdo como quiera que el demandante solicita la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, radicado interno 0112-09, de fecha 4 de agosto de 2010. Señala que en el último año de servicios devengó los siguientes factores salariales:

- Asignación Básica
- Prima de Antigüedad
- Auxilio de Alimentación
- Subsidio de Transporte
- Prima de Servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de Navidad.

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Preámbulo, Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL

Código Civil, artículo 10
Ley 57 de 1887, artículo 5
Ley 33 de 1985
Ley 4 de 1966
Decreto 1045 de 1978

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Ley 100, artículo 36
Decreto 2143 de 1995
Ley 1437 de 2011

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló que la entidad demandada desconoce el mandato constitucional consignado en el artículo 48 superior, en el sentido de no respetarle al demandante las normas especiales contenidas en la Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y en el Decreto Ley 1045 de 1978, para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, normas aplicables a los servidores públicos que se encuentran en el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que la negativa de reliquidar en legal forma la pensión del demandante, no sólo va en contravía de la norma, sino que, desconoce principios de orden superior como lo es la igualdad, equidad y favorabilidad consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional.

Que la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010, es clara en establecer que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio, constituyen salario base de liquidación, advirtiendo el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo que el listado de factores de las Leyes 33 y 62 de 1985, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

Dijo que la entidad demandada motiva falsamente las resoluciones acusadas, pues las circunstancia de hecho y derecho consignadas en los actos administrativos, no son aplicables al demandante, pues los verdaderos fundamentos que debieron contener las resoluciones hacen relación a la aplicación integral de la normatividad anterior para efectos de proceder a reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores componentes de salario y devengados en el último año de servicio.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (fls. 152 a 161) presentó contestación a la demanda en término, edificando la siguiente argumentación:

Como respuesta del sujeto pasivo de la acción se encuentra lo siguiente:

- RESPUESTA A LAS PRETENSIONES: la apoderada de la UGPP se opuso a todas y cada una de las pretensiones deprecadas.
- RESPUESTA A LOS HECHOS: frente al 1º a 9º manifestó que son ciertos; respecto al hecho 9º señala que es ajeno a la entidad, que debe certificarse.
- EXCEPCIONES: Como excepciones propuso: Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

constitucionales y legales y prescripción de las mesadas, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante

El apoderado de la demandante hace un recuento de las pretensiones, los fundamentos facticos y el acervo probatorio que obra en el proceso, hace referencia a los pronunciamientos del Consejo de Estado frente al régimen de transición de los empleados públicos, por cuanto se encuentran demostrados los presupuestos para que se reliquide su pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, es decir, que se acceda a las pretensiones.

Entidad Demandada

Como primera medida señala que los actos administrativos demandados se expidieron con sujeción a los parámetros de la ley 33 y 62 de 1985, aplicable a quienes adquirieron su status pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que se le reconocieron los factores salariales incluidos en la ley 62 de 1985 y sobre los cuales se realizaron los aportes respectivos, añadiendo que los factores sobre los cuales solicita su inclusión, no están reconocidos en la ley, no tienen relación directa con el servicio y en consecuencia, no constituyen salario, ni mucho menos, factor salarial, citando para ello la interpretación realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, concluyendo que la inclusión de tales factores, atenta contra el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social.

Resalta que la aplicación dada por el Consejo de Estado, conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados desconociendo los principios de igualdad y solidaridad. Corolario de lo anterior, solicita la aplicación de la SU-230 de 2015, argumentando que de la confrontación normativa y los antecedentes que obran en el cuaderno administrativo, se observa que la negativa de la reliquidación a través de los actos enjuiciados, se profirieron conforme a los factores taxativamente señalados, por cuanto se deben negar las pretensiones de reliquidación.

Concepto Ministerio Público

Señala que el régimen aplicable es la ley 33 de 1985, específicamente lo relacionado con el régimen de transición establecido en el artículo 1 de la citada norma. Concluye que se deben despachar favorablemente las pretensiones de la demanda pero declarando nulo el acto de reconocimiento de la pensión por que se encuentra motivado en régimen distinto al aplicable a la demandante; finalmente solicita que se aplique la sentencia de unificación del Consejo de Estado para decidir la controversia presentada en el presente asunto, especialmente haciendo referencia a la no taxatividad de los factores salariales, además de aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto de fecha 16 de julio de 2014 (fls. 101 y 102) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada que se notificó el día 08 de agosto de 2014, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 110 a 112); por lo anterior, a partir del 11 de agosto de 2014 y hasta el 15 de septiembre de 2014, la copia de la demanda y de sus anexos permaneció 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 16 de septiembre de 2014 al 9 de febrero de 2015, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial, audiencia de pruebas, se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si el señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA tiene derecho a que la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, se liquide nuevamente su pensión vitalicia de vejez, se aplique el régimen de transición de la ley 33 de 1985, es decir, se liquide la pensión con las reglas de la Ley 6ª de 1945, Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978, además, se incluyan todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, o por el contrario, si se debe aplicar en su integralidad la ley 100 de 1993 en lo concerniente a edad, monto, tiempo, IBL y factores frente a los cuales se aportó al sistema.

Tesis de la parte demandante: Sostiene el apoderado demandante que se debe reliquidar la pensión del señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, aplicando el régimen de transición de la ley 33 de 1985, es decir, se liquide la pensión con las reglas de la Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978, además, se incluyen todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Tesis de la parte demandada: Se niegue las pretensiones invocadas en la demanda presentada por el actor, toda vez que no le asiste el derecho a que su pensión vitalicia de jubilación se liquidó con base en las leyes 33 y 62 de 1985 y los factores de los que se solicita su inclusión no estaban reconocidos por la Ley, además, que la jurisprudencia del Consejo de Estado vulnera los principio de igualdad y solidaridad.

El despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación de la demandante, bajo las reglas de la la Ley 6ª de 1945, Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978, en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el año anterior a la consolidación del status de pensionada, cuya naturaleza sea remuneratoria, atendiendo a que el actor no goza de un régimen especial en materia de pensiones, y por tanto le son aplicables las

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

disposiciones de la Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978 las cuales no contemplan todos los factores por él devengados debidamente certificados, sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, dichas normas simplemente tienen un carácter enunciativo y por ello corresponde al juez determinar la naturaleza jurídica de cada factor salarial. Y en lo que toca a los factores que se ordene incluir en la nueva liquidación de la pensión, pero sobre los cuales no se hicieron aportes al Sistema General de Pensiones, debe acudir a la solución planteada en la Jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, descontando de la suma que se ordene reconocer al demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos.

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- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada, que no fueron resueltas en la audiencia inicial, “Inexistencia de la causa de la obligación o Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”, debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de prescripción, que en verdad trae al debate un hecho –la inactividad del demandante - que aunado al transcurso del tiempo es reconocido en la normatividad como desencadenante de un efecto jurídico sobre el derecho reclamado, referido a su extinción, en este caso, parcial.

Sobre las “excepciones de mérito” que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”¹ (Subrayado fuera del texto original).

“En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de

¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción" ² (Subrayado fuera del texto original).

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia de la Resolución N° RDP 038866 del 23 de agosto de 2013 (fls. 23-24)
- Copia de la Resolución N° RDP 043313 del 19 de septiembre de 2013 (fls. 30-31)
- Petición de reliquidación con radicado N° 2013-514-190994-2 (fls. 19-21)
- Recurso de apelación con radicado N° 2013-514-243489-2 (fls. 26-28)
- Certificado de salarios y factores salariales del demandante (fl. 39)
- Certificación laboral del demandante visto a folios 34 a 38
- Expediente administrativo (fl. 158 CD y Anexo 1 con 92 folios)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

Los modos de integración en el sistema de seguridad social.

La ley 100 de 1993 y estableció tanto principios como reglas para que todos los habitantes del territorio nacional quedaran cobijados por el sistema de seguridad social. Utilizó tres fórmulas para resolver el problema de la pertenencia al sistema:

Inclusión. Esta fórmula establece un principio general que consiste en que al Sistema de Seguridad Social pertenecen todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 Ley 100/93)³. Este principio general se desarrolla a partir de dos postulados: El primero es que la Ley 100 se aplica a todos los que se vinculen en adelante al sistema; el segundo, a pesar de pertenecer al sistema no a todos se les aplica las normas de la Ley 100 porque están excluidos o pertenecen al régimen de transición. La inclusión voluntaria y plena al sistema de quienes tienen el derecho de estar dentro del régimen de transición, conforme lo establece el inciso 3° y 4° del artículo 36 de la Ley 100/93.

Exclusión. Esta fórmula lo que realiza es un principio esencial, el respeto a los derechos adquiridos o el tratamiento especial o diferencial del sistema.

i) Derechos adquiridos. Están excluidas las personas ya pensionadas o las que hayan adquirido el derecho antes de entrar en vigencia la ley. El artículo 11 reza: “...

²CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

³ARTÍCULO 11. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

El inciso 6º del artículo 36: “Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.”

ii) Trato diferente. Están excluidos el grupo de personas que expresamente la norma les creó un régimen especial o se los permitió. El artículo 279 de la ley 100/93⁴ señala a los miembros de la Fuerza Pública, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los trabajadores de Ecopetrol, entre otros.

Transición. Esta fórmula es la que resulta más controvertida porque lo que se busca es conciliar los intereses de quienes en razón a la edad o al tiempo de trabajo deban ser sometidos a las nuevas reglas y deban, al mismo tiempo, respetársele algunos derechos, con el fin de garantizar la igualdad y la justicia, puesto que es sano que se establezca como política pública ciertos puentes normativos que permitan ese tránsito a las nuevas condiciones laborales sin desconocer las realidades y circunstancias anteriores.

Las reglas de la transición establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son las siguientes:

- **Edad.** Este parámetro consiste en mantener la edad anterior (55 mujeres y 60 hombres) para adquirir el derecho a la pensión hasta el año 2014 y a partir de este momento sube dos años más (Inciso 1º).

⁴ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARÁGRAFO 10. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 20. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 30. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 40. <Adicionado por el artículo 10. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

- **Aplicación del régimen anterior.** Este parámetro busca que se respete las normas a la que estaba afiliado la persona al momento de entrar en vigencia la ley. Tiene dos aspectos: Uno que se refiere a la determinación del grupo de personas que deben ser tratados por este parámetro (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización) y el segundo respecto a las reglas o criterios normativos anteriores para la liquidación de la pensión. Este último, por su parte, tiene también varias subreglas: a) Edad, b) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; c) Monto de la pensión. (Inciso 2º); d) Ingreso base para la liquidación del anterior grupo de personas (Inciso 3º). Este último será desarrollado adelante de manera amplia por tratarse del tema objeto de la controversia.

- **El principio de favorabilidad.** Este parámetro material permite que quien al momento de entrar en vigencia la ley y no se le haya reconocido la pensión deban aplicársele las normas favorables anteriores. (Inciso final)⁵.

En conclusión, la primera premisa para que alguien reclame un trato diferente al establecido con la Ley 100 de 1993, es que se encuentre en cualquiera de las premisas o subreglas sobre la pertenencia al sistema con reglas distintas o especiales.

➤ **Régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993**

Estaba contenido en la Ley 33 expedida en el año de 1985 que estableció “algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”, exceptuando de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

- 1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la Ley haya determinado expresamente, y aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- 2) Los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la Ley.
- 3) Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.
- 4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la Ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

➤ **Transición De La Ley 33 De 1985**

El Parágrafo 2º del artículo 1 de la ley 33, dispone:

⁵Corte Constitucional T-534/01

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley que hayan cumplido (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuaran aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley”.

En consecuencia, las personas que se encontraban en el supuesto factico que la norma establece, tienen derecho a que su pensión de jubilación se reconozca bajo los parámetros de las normas que la regulaban antes de la entrada en vigencia de la ley 33.

Lo anterior significa que a estas personas se les aplican las normas anteriores no por virtud del artículo 36 de la ley 100 sino por directo mandato de la ley 33, toda vez que al hallarse en el supuesto factico señalado en el parágrafo 2º del artículo 1º adquirieron el derecho a que su pensión se regulara por las normas anteriores a la misma. De donde, para ellos, por tener un derecho adquirido con base en una norma anterior la ley 100, resulta indiferente lo preceptuado por esta última en su artículo 36.

➤ Régimen Pensional Anterior a la Ley 33 de 1985

La pensión con base en la ley 6ª de 1945, vigente hasta la expedición de la ley 33 de 1985 según la jurisprudencia del Consejo de Estado, también resulta aplicable por la transición prevista en el Parágrafo 2º de la ley 33 de 1985, conlleva a que la última vinculación al 13 de febrero de ese año lo sea con entidades del orden territorial y que, conforme a la norma citada, “a la fecha de entrada de la presente ley haya cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio”.

Situación fáctica que además se encuentra comprobada dentro del expediente, pues mediante declaración de hechos hecha por la parte accionante y que no fuera controvertida por la entidad accionada respecto del hecho 1º en su contestación de la demanda (fl. 44), se tiene que para la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, al actor ya tenía el status jurídico a partir del 20 de marzo de 1984, es decir el actor contaba como mínimo con la edad de 50 años y una prestación al servicio no inferior a 15 años.

En tal hipótesis y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada en el numeral anterior sobre la aplicación integral del régimen anterior, estas personas tienen derecho a una pensión con 50 años de edad y un monto equivalente al 75% de los salarios mensuales devengados en el último año de servicio.

Así pues, para los empleados del orden nacional el régimen aplicable en materia pensional era la Ley 6ª de 1945, precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuos o discontinuos para el Estado. En el parte pertinente establecía: “c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios 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 irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”. Luego se extendió dicho beneficio a los empleados del orden territorial mediante el Decreto 2267 de 1945, artículo 1º. 2.

Posteriormente se expide la Ley 4ª de 1966, la cual, en lo pertinente modificó artículo 17 de la Ley 6 de 1946 y determinó que las pensiones se liquidarían y pagarían tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios:

“Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación e 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”.

• **Síntesis.**

Con el fin de poder abordar de manera adecuada y eficaz el análisis del problema planteado sobre el reconocimiento de la pensión cuando se acusa de pertenecer al régimen de transición, es indispensable que se cumpla con los siguientes criterios:

- Primero debe probarse si pertenece a un régimen especial o transición o general;
- Segundo, si dicho régimen especial incluye los requisitos o condiciones de la liquidación de la pensión, entonces, le rige de manera íntegra el régimen normativo, es decir, tanto las condiciones de reconocimiento como de liquidación incluido los factores salariales;
- Tercero, si el régimen especial no incluye esos factores de liquidación entonces se debe diferenciar entre el monto que se rige por las normas al que estaba afiliado y las condiciones de liquidación;
- Cuarto, para las pensiones que no tienen un régimen especial sino que les rige la Ley 33 y 62 de 1985, como éstas incluyen también las condiciones o requisitos de liquidación, en consecuencia, el concepto de monto incluye inescindiblemente las condiciones o requisitos de liquidación de la pensión;
- Quinta, otra hipótesis es que se encuentre dentro del régimen de transición de las anteriores normas. (L. 33 y 62/85).

➤ **La sentencia de unificación**

Para el caso en concreto, se debe tener en cuenta la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, vale decir el 01 de abril de 1994, así las cosas y teniendo en cuenta que las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que a la entrada en vigencia de la norma en cita, la demandante tenía más de 35 años de edad y llevaba laborando más de 15 años de servicios cotizados, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, es pertinente

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

determinar cuál era la norma anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer la cuantía de la prestación que fue reconocida por la entidad accionada.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia de Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila⁶, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma 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, en síntesis la referida sentencia de unificación señaló:

(i) El monto de la pensión comprende tanto el Ingreso Base de Liquidación como el porcentaje aplicable al mismo, de acuerdo al principio de inescindibilidad de la norma, de manera que no cabe la posibilidad de liquidar la pensión con base en la edad, tiempo de servicio y porcentaje de liquidación del régimen anterior y con el Ingreso Base de Liquidación del nuevo régimen. Por lo que la norma anterior debe aplicarse de forma integral, de tal manera que si señala la forma de calcular el ingreso base de liquidación, es dicho cálculo el que debe respetarse.

(ii) Los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión son todos aquellos factores devengados por el trabajador a título remunerativo, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

(iii) En punto a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, señala el Consejo de Estado que dicha norma parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, pero en su concepto, y en virtud del principio de favorabilidad, debe entenderse que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año.

Así las cosas, de la interpretación realizada por el Honorable Consejo de Estado al debate normativo en juicio, se tiene que al demandante se le debe reliquidar su pensión sobre la base del 75% del promedio de lo devengado en su último año de servicio.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luís Mario Velandia.

⁷ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron las Resoluciones No. RDP 028251 de 21 de junio de 2013 y la Resolución RPD 033088 del 22 de julio de 2013, por medio de las cuales la UGPP, negó la reliquidación de la pensión vitalicia de Jubilación del señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, como quiera que le fuera reconocida la pensión con base en las normas de la Ley 33 y 62 de 1985, aplicables, según la entidad demandada, pero sin incluir la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio.

Así mismo, se observa que el señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, nació el día seis (06) de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934) (Ver copia cédula de ciudadanía fl. 18 y Documento 6, Exp. Adm. CD fl. 158). El demandante al servicio del estado desde el 18 de enero de 1955 hasta el 31 de mayo de 1995, de forma interrumpida, de la siguiente manera (Ver acto de reconocimiento pensional Resolución 003430 de 1995 (fls. 14 a 16 – Anexo 1):

ENTIDAD EN LA QUE LABORÓ	PERIODO LABORADO
Departamento de Boyacá	- Desde el 18 de enero de 1955 al 15 de noviembre de 1955 - Desde el 01 de enero de 1956 al 31 de mayo de 1956 - Desde el 01 de enero de 1957 al 30 de junio de 1957 - Desde el 27 de enero de 1960 al 30 de septiembre de 1969
Fondo Nacional de Caminos Vecinales	- Desde el 12 de mayo de 1980 al 31 de mayo de 1994

El demandante al momento del retiro del servicio (31 de mayo de 1994), ostentaba el cargo de Operario de Maquinaria Pesada III en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales (Ver certificado de información laboral – fl. 34) y adquirió el status jurídico el 06 de septiembre de 1989 (Ver acto de reconocimiento pensional Resolución 003430 de 1995 (fls. 14 a 16 – Anexo 1).

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 29 de enero de 1985 (fecha en la cual entró en vigencia la ley 33 de 1985), el demandante tenía más de 15 años de servicio, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la ley 33 de 1985 y lógicamente de la Ley 100 de 1993 y la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978.

Ahora bien, el despacho debe establecer cuáles de los elementos salariales percibidos por el demandante constituyen una retribución directamente relacionada con la prestación personal del servicio y no están dirigidos a asumir riesgos inherentes a la

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

labor, sin perjuicio de la facultad del Juez para establecer la procedencia del reconocimiento del factor salarial reclamado bajo el principio de legalidad.

Observa en este sentido el despacho que de acuerdo al certificado de salarios y devengados obrante a folio 39 del expediente, los pagos salariales devengados por el señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, durante el último año de servicio (01 de junio de 1993 a 31 de mayo de 1994) fueron los siguientes:

- Asignación Básica
- Prima de Antigüedad
- Auxilio de Alimentación
- Subsidio de Transporte
- Prima de Servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de Navidad

Respecto a los factores discutidos como **la prima de navidad y la prima de vacaciones**, debe estarse lo dispuesto en la ya referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, que sostiene lo siguiente:

“sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales – a las cuales el mismo legislador dicha connotación-, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al caso sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas prima como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional”

Por consiguiente, aunque es regla de exclusión de factores salariales en la base de liquidación de las pensiones la establecida en la sentencia de unificación en comento con respecto a las “sumas que cubran riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver afectado”, la misma no se aplica a aquellas prestaciones que pese a tener dicha connotación sea el propio legislador el que las haya incluido como factor salarial, como por ejemplo ocurre con la prima de navidad y vacaciones, del artículo 45 del D. 1045/78.

En lo que se refiere a **la prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y la prima de servicios** ha de precisarse que se tratan de factores salariales y que fueron consagrados por el Decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional (art. 3º), posteriormente el Decreto 165 de 1971 lo amplió a los supernumerarios y finalmente el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo ratificó a favor de los empleados vinculados a las entidades

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. Dijo la mencionada norma en su artículo 42º.- sobre otros factores de salario. “Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:

a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.

b) Los gastos de representación.

c) La prima técnica.

d) El auxilio de transporte.

e) El auxilio de alimentación.

f) La prima de servicio.

g) La bonificación por servicios prestados.

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.” (Negrillas del despacho)

Además fueron contempladas como factores de salario en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala:

“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 tuvieran 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 inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.”

Conclusión.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara la

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

nulidad parcial deprecada y se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 1993 a 31 de mayo de 1994. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Y cuanto a la prescripción trienal, en principio los valores a pagar se reconocerían a partir del 15 de julio de 2010, por ocurrencia de dicha figura jurídica extintiva de los derechos laborales, por cuanto la petición de reliquidación se radicó el día 15 de julio de 2013 (fls. 19 a 21) ello con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en las normas laborales prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

No obstante es preciso tener presente que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama. En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional⁷:

*Entonces **si la fuente de derecho surtió efecto el 1º de octubre de 2010**, con la sentencia de unificación, ninguna afectación puede tener sobre mesadas anteriores a esa fecha, en relación con factores que hasta entonces no se venían incluyendo porque no se consideraban retribución directa del servicio y/o porque estaban contempladas como factor de liquidación pensional en el Decreto 1045 de 1978.*

Sin embargo no es menos cierto que no podrían traerse valores devaluados devengados años atrás sin la respectiva actualización, criterio que ha sido asumido por la jurisprudencia en el tratamiento de la primera mesada pensional cuando el promedio a tener en cuenta se toma de valores devengados antes de la fecha de consolidación del derecho.

Es decir que como operó el cambio de jurisprudencia y la sentencia de unificación tiene efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010. Nótese que las condiciones de formación del acto deben responder al bloque de legalidad imperante al momento de su expedición, entonces, si la nueva fuente del derecho es la sentencia de unificación, además de constituir ésta uno de los parámetros para examinar la legalidad del acto, el momento de su ejecutoria determinará como debe contarse el lapso para la exigibilidad del derecho, que si se deja transcurrir sin accionar en defensa del mismo produce la extinción de

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 15001333004201400002. Sentencia del 23 de abril de 2015.

⁸ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

sus efectos económicos, pues la ley ha establecido la prescripción de los derechos laborales con tal carácter.

Conforme a lo anterior, siendo el parámetro para contar el lapso prescriptivo la ejecutoria de la sentencia de unificación, se evidencia que en éste caso ha transcurrido el mismo, por lo que la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010, como quedó anotado.

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores Prima de Antigüedad, Auxilio de Alimentación, Subsidio de Transporte, Prima de Servicios, Prima de vacaciones, Prima de Navidad, se incluyen con fundamento en la sentencia de unificación que logró ejecutoria el día 2 de octubre de 2010, estos valores se actualizarán conforme al índice de Precios al Consumidor desde cuando se consolidó la situación pensional del demandante (01 de junio de 1994) hasta el 2 de octubre de 2010 y se agregarán desde ésta fecha a la base de liquidación de la pensión, pero tendrá efectos fiscales a partir del 15 de julio de 2010, por la ocurrencia de la prescripción trienal de los derechos laborales.

El restablecimiento del derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior se declarará la nulidad de la Resolución RDP 043313 del 19 de septiembre de 2013, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución RDP 038866 del 23 de agosto de 2013, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, los que constituyen en actos definitivos que debe ser objeto del control de legalidad. El otro acto administrativo demandado (RDP 038866 del 23 de agosto de 2013) hace parte del mismo procedimiento administrativo (Art. 42, 43 y 87 CPACA) y no es producto de actuaciones administrativas anteriores. Frente a los demás actos administrativos anteriores que definieron el derecho a la pensión por haber quedado en firme y ser definitivos, podrían ser demandados siempre que no se hubiese provocado en nuevo pronunciamiento, si no, demandar los primeros en el tiempo sin demandar el último, sería una contracción lógica y procesal. (Art. 163 CPACA).

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con los artículos 187 y 192 del CPACA, desde que fueron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

➤ Descuentos para los aportes en seguridad social en pensión y salud.

Si bien hasta el momento actual este Despacho acogía en este punto la postura conforme a la cual la omisión por parte de la administración en el descuento y la consignación de aportes no impide el reconocimiento de factores salariales para efectos pensionales porque pueden ser descontados por la entidad de las mesadas adeudadas cuando se haga el reconocimiento prestacional, es imperativo hacer una

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

nueva reflexión sobre el punto, atendiendo la problemática que pueden suscitar las fórmulas hasta ahora aplicadas, pues *“los mencionados descuentos deben ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente, afectando su mínimo vital”* como sostiene el Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Segunda – Subsección “A” con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren con fecha 5 de junio de 2014 y radicaciones 25000-23-25-000-2012-00762-01 (0623-2013) siendo actor Carlos Eduardo Pulido Roa y 25000232500020110135001 (1453-2013) siendo actora Elvira Cuervo de Jaramillo.

En consecuencia, el problema jurídico que debemos avocar ahora se refiere a las consecuencias de ordenar incluir factores salariales en la reliquidación de la pensión cuando en su oportunidad no se realizaron las cotizaciones legales al sistema, si ha de distribuirse esta carga entre las partes, como lo hacen las sentencias mencionadas, y en qué proporción, cuestión que resolveremos al tenor de las siguientes premisas:

i). Los efectos de la sentencia.

Los efectos de la declaración de nulidad que se hacen en la sentencia son *ex tunc*, pues la revisión de la legalidad del acto se hace desde su origen⁸. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica⁹ llevar la situación presente del actor al mismo estado en que debería encontrarse si no se hubiera proferido el acto administrativo que afectó su estatus jurídico, lo cual, debe examinarse atendiendo a las pretensiones y a lo probado en el proceso”*¹⁰, sin embargo se parte de la premisa que la situación de hecho originaria existe aún o tiene probabilidad jurídica de existencia, para que así se cumpla el postulado conforme al cual la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho *“aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”* (Art. 189 inciso 5º del CPACA). Por ello el legislador previó, por ejemplo, que si se ordena en la sentencia el reintegro a un cargo y éste ya no existe, o bien no es posible por otra razón reinstalar a la persona en el mismo, el juez dispondrá a solicitud de parte modificar el restablecimiento por una *“indemnización compensatoria”*. (ib. inciso 7º)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

El derecho a la pensión está consagrado en la Carta Política (Art. 48 CP) con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad¹¹, estando vigente en el tiempo y extinguiéndose sólo con la muerte del titular o de quienes tienen derecho a suceder en su disfrute conforme a la ley. Se trata entonces de un verdadero estatus jurídico caracterizado por que en su núcleo está un derecho inalienable.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00040-00(35362) Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 10/09/2014. Ref: Expediente N° 05001233100020000307802. N° Interno. 2223-2010 Autoridades Departamentales. Actor: Fernando Estrada Méndez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00196-00(1486-10). Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 02/10/2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08). Consejero ponente: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Precisamente, en materia laboral lo que garantiza la primacía de la realidad es ese tipo de derechos, que además de ser mínimos, son irrenunciables e imprescriptibles, por ello no se afectan aunque su titular no los reclame en los términos legales, pues su fuente es la misma Constitución (Art. 53 CP)¹². Por lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el Consejo de Estado ha ordenado el reajuste pensional por considerar que es un derecho laboral mínimo¹³.

La fuente material del derecho laboral consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política lo que persigue es la protección efectiva de los derechos laborales mínimos y entre ellos está la garantía efectiva de la pensión (Art. 46, 48), no obstante, para realizarla se debe asumir el costo del derecho pagando las cotizaciones correspondientes.

No obstante lo anterior, aunada a dicha dimensión intangible del derecho existe otra económica que sí está sujeta al cumplimiento de las cargas y deberes que tiene el titular del derecho. Por eso aunque el restablecimiento “*aprovechará*” al demandante de manera integral desde el momento en que se produjo la vulneración del derecho constitucional, expresándose allí su intangibilidad, los aspectos económicos del derecho se pueden ver afectados por el incumplimiento de ciertas cargas que debe asumir el titular. Esta dimensión económica derivada del derecho a la pensión, sí está sujeta a la prescripción extintiva porque es renunciable y no genera una situación jurídica constitucional o estatus jurídico de la persona. Es decir, son beneficios económicos que tienden a darle a la persona una condición externa de bienestar.¹⁴ Esta situación económica externa, a diferencia de la situación jurídica de la persona pensionada, si corre por cuenta directamente del afectado ya que el derecho a la reclamación lo pudo ejercer durante el tiempo el término de prescripción trienal y no hacerlo le trae las consecuencias jurídicas que la propia norma establece.

Pues bien, parte de dicha dimensión económica es lo relacionado con las prestaciones sociales de salud y pensiones, y por ello surge el interrogante sobre si hacen parte del restablecimiento del derecho solicitado o el juez debe resolver por otra vía el tema de

¹² Corte Constitucional sentencia SU-298/15. “La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que en el caso concreto, se había desconocido el precedente jurisprudencial constitucional, según el cual, la solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales puede elevarse en cualquier tiempo, en virtud de los principios de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y favorabilidad propios del derecho a la seguridad social.” (Boletín de Prensa No. 21-21/05/15)

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de julio de 2007, radicado número 13001-23-31-000-2000-01155-01(6611-05). MP. Jaime Moreno García.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado No. 34414. MP. Luis Javier Osorio López. “Entonces, no es la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos administrativos lo que fatalmente conduce a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación.

La razón de ser de éste fenómeno es distinta (...) “ la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que la da a la persona el derecho a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte del beneficiario. ‘Del estado jurídico de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción’, dijo la Corte (Cas. 18 de diciembre de 1954...)”.

“Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí --debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio aparece la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas ‘las acciones que emanen de las leyes sociales’ del trabajo.

¹⁵ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

los aportes al sistema. Como antecedente para resolver este interrogante se tiene que el Consejo de Estado en un caso similar, referente al contrato realidad, señaló que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales debe considerarse *“quien debe asumirlas (...) se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral”*, dentro del primer tipo están las ordinarias o comunes (primas, cesantías) y en el segundo están la salud, la pensión, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que deben *“ser asumidas y reconocidas por cada sistema”*¹⁵:

Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

....

En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.

La distinción entre estos dos tipos de derechos permite que los derechos fundamentales como la dignidad humana, justicia e igualdad material, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad a las condiciones mínimas existenciales que están involucrados en el derecho a la pensión efectivamente se garanticen, y a la vez se respete el término legal de prescripción para los derechos laborales de carácter económico, corriendo el titular con las consecuencias por la inactividad en el ejercicio de sus derechos, en protección de la seguridad jurídica, sin que este valor pese más que el derecho fundamental del trabajador como valor fundante (Art. 1 CP). Dejar la carga de los aportes para la pensión en una sola de las partes en la extinta relación laboral contraría valores fundantes, pues si tiene que pagarlos sólo el trabajador el beneficio es para la entidad pública, cuando el deber superior de promoción, protección y efectiva garantía de los derechos fundamentales radica en ella¹⁶, y si tiene que pagarlos solamente el estado se libera de todo deber al ciudadano, cuando tiene deberes correlativos al derecho que reclama. (Art. 2 y 6, 46, 48, 53 CP).

En conclusión, la ponderación y conciliación de los principios y derechos que se ponen en juego en este caso particular llevan a la solución más justa y equitativa: el Estado Social cumple el verdadero papel garantizador de los derechos, se respetan las normas de la legalidad y del Estado de Derecho, y al mismo tiempo se efectivizan los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Consejo de Estado en las sentencias

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

¹⁶ El Consejo de Estado ha declarado al responsabilidad patrimonial del estado con base en la teoría de la posición de garante del Estado por omisión en el cumplimiento de sus deberes normativos, para una mirada completa de esta teoría ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente: 200012331000199703529 01, Radicación interna No.: 18.274.MP. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

citadas de la Sección Segunda, Subsección “A”, fecha 5 de junio de 2014, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, asumió este debate a partir de cuatro premisas: (i) los descuentos proceden sobre aquellos factores que se ordena incluir en la reliquidación sin que sobre los mismos se hayan efectuado las deducciones legales¹⁷; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional¹⁸; (iii) “resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.”; (iv) *“en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado”*. Este descuento, dice la sentencia en cita, no puede causar *“traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente.”*

En suma, la carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe ser *“actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”*, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El pago de los valores por concepto de cotización sobre los nuevos factores salariales debidamente actualizados, según el porcentaje correspondiente a la entidad pública, tendrá que hacerse de manera íntegra y no está sujeta a ninguna prescripción debido a la naturaleza jurídica del derecho pues ella actúa no sólo como empleadora sino como estado; b) Los aportes del demandante están sujetos a la prescripción trienal porque el cumplimiento de la obligación de pagar la cotización no dependía directamente de su actuar sino que estaba sujeto a la retención correspondiente, por lo tanto, el

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12). Dijo: “Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, el (sic) artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”

¹² Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

cumplimiento de la legalidad y del principio de confianza legítima se vulneran cuando su actuar está sujeto a procedimientos ajenos a su voluntad; c.) El demandante sólo puede ser deudor hasta el monto de lo que recibe sin que se afecte su pensión, porque se vulneran los principios de favorabilidad laboral y la prohibición de reducirse la pensión. (Art. 48 CP)

En cuanto a los descuentos por salud, deberán aplicarse las mismas reglas.

Respuesta a los argumentos de las partes.

Considera el Despacho que la postura argumentativa frente a la contestación de la demanda presentada por la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social - UGPP, respecto a que a la demandante no deben incluirse los factores salariales Prima de navidad, Prima de Servicios y Prima de vacaciones, como quiera que no estaban contemplados dentro de los Decretos 691 y 1158 de 1994, ni en las leyes 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales no se realizaron aportes con destino a pensión, aunado al hecho que a la demandante por ser beneficiaria del régimen de transición se le deben aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, como quiera que le era más favorable, desconoce la sentencia de unificación de Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila con Radicación No. 250002325000200607509, que reza lo siguiente:

“Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.**”

Frente al caso en concreto, es claro que la entidad demandada desconoce lo preceptuado en los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto las autoridades deben tener en cuenta no solo la aplicación de las normas sino tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con el

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

objeto del reconocimiento de un derecho o a los sujetos quienes solicitan y acreditan el mismo supuesto fáctico y jurídico.

El objeto del medio de control de la referencia es solicitar ante la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, la nulidad de la Resolución No. RDP 043313 de 19 de septiembre de 2013 que resuelve el recurso de apelación contra el acto que niega la reliquidación de la pensión del señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA y, como se dijo, constituye el acto definitivo que resuelve la situación pensional del demandante, y restablecer a título de derecho, la reliquidación pensional vitalicia de jubilación en favor del señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, aplicando el régimen de transición de las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, es decir, que se liquide la pensión con las reglas de la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978, además, se incluyan todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, situación que vulnera el derecho a la igualdad formal y material (art. 13 C.N.), específicamente el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, por cuanto el ciudadano puede exigir a la administración que se le otorgue un trato igual en casos de régimen similar al momento de acceder a la liquidación de la pensión vitalicia vejez por medio de la aplicación de precedentes judiciales que respalden y resuelven casos similares como el presente.

De las costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P.

El artículo 365 del C. G. P. es aplicable en el procedimiento contencioso en virtud de la remisión normativa autorizada mediante el artículo 306 del C. P. A. C. A.

Es pertinente en torno al tópico de las costas considerar los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

“El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia¹⁹, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.²⁰

¹⁹ Sentencia T-342 de 2008: “Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc¹⁹. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro

²⁰ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Es decir que, en materia de costas, aún bajo la égida de la Ley 1437 de 2011 no cabe la condena automática a la parte vencida, sino que habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o **el desgaste judicial innecesario**, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

En este caso se considera que a pesar de la existencia de una sentencia de unificación y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la entidad demandada insiste en desconocerla causando un perjuicio no solo al erario público, sino fundamentalmente el administrado, aplazando su derecho a disfrutar de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales que la componen. Por tal razón se condenará en costas a la entidad demandada, pero, atendiendo lo establecido en el artículo 365 del C.G.P., al prosperar sólo parcialmente las pretensiones, la condena será por el valor de un 50% sobre el valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA:

PRIMERO. Se declara la nulidad la nulidad del Acto Administrativo Resolución No. 043313 de 19 de septiembre de 2013 que resuelve el recurso de apelación contra el acto que niega la reliquidación de la pensión del señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, expedida por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, a reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor ANATOLIO HERNÁNDEZ SILVA, el valor de la pensión de jubilación, aplicando para ello las reglas contenidas en la Ley 4 de 1966, Decreto Ley 1743 de 1966 y el Decreto Ley 1045 de 1978, es decir, que se aplica el monto del 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es desde el 01 de junio de 1993 al 31 de mayo de 1994. Es decir que se deben tener en cuenta como factores para liquidar la pensión la Asignación Básica, Prima de Antigüedad, Auxilio de

del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C.¹⁹, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Alimentación, Subsidio de Transporte, Prima de Servicios, Prima de vacaciones, Prima de Navidad, con efectos fiscales a partir del 15 de julio de 2010.

El valor devengado por concepto de , Prima de Antigüedad, Auxilio de Alimentación, Subsidio de Transporte, Prima de Servicios, Prima de vacaciones, Prima de Navidad, se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 01 de junio de 1994 (fecha de retiro del servicio) hasta el 1 de octubre de 2010, fecha de ejecutoria de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, expediente con radicación 25000-2325-000-2006-7509-01 y se incorporará a la base de liquidación de la pensión.

Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido. Igualmente, se harán los descuentos que por aportes se deban realizar, conforme a la parte motiva de la sentencia, valores que serán actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario de manera que se obtenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda.

TERCERO. Declarar próspera la excepción de prescripción parcial de las mesadas invocada por la entidad demandada, sobre todo lo anterior al 15 de julio de 2010.

CUARTO. La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de emolumentos salariales y prestacionales, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia. Es entendido que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas.

QUINTO. Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

SÉPTIMO. Se condena parcialmente en costas al Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. La condena será por el 50% del valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

OCTAVO. Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.