



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0144 00
Demandante: Ana Victoria Caro Galindo
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:** Ana Victoria Caro Galindo, identificada con C.C. No. 23.257.492 de Tunja.
- **DEMANDADO:** Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora presentó demanda tendiente a que se declare:

Que es nula la Resolución RDP N° 035051 del 18 de noviembre de 2014 mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante.

Que es nula la Resolución N° RDP 05343 del 10 de febrero de 2015, mediante la cual la entidad demandada resuelve un recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución N° RDP 35051 del 18 de noviembre de 2014.

Que como consecuencia de las anteriores se declare que la demandante tiene derecho a título de restablecimiento del derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, le reliquide y pague la pensión de jubilación teniendo en cuenta en la liquidación todos los factores salariales que constituyen salario del último año de servicio, que corresponde desde el 1 de enero hasta el 30 de diciembre de 1999, conforme a lo establecido en la Ley 4 de 1966, Ley 33 y 62 de 1985 y la aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De la misma manera solicita que se condene a la entidad demandada a pagar a favor de la señora Ana Victoria Caro Galindo la diferencia de las mesadas dejadas de cancelar desde el 1 de enero de 2000, cifras que serán indexadas mes a mes aplicando para ello la fórmula aceptada por el Consejo de Estado.

También solicita condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a que sobre las diferencias adeudadas a la demandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes del valor de estas, conforme al Índice de Precios al Consumidor año por año y finalmente solicita que si la entidad demandada no da cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en los artículos 192, 193 y 195 numeral 3 del C.P.A.C.A., se cobren los intereses moratorios.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

- La demandante laboró al servicio del Estado en el Colegio de Boyacá como docente desde el 1 de febrero de 1964 hasta el 31 de diciembre de 1999, cumpliendo los cincuenta años de edad el 22 de octubre de 1986, fecha en la cual tenía veinte años de servicio al Estado.
- La Caja Nacional de Previsión Social EICE, mediante la Resolución N° 05906 del 1 de junio de 1989 reconoció la pensión de jubilación a favor de la señora Ana Victoria Caro Galindo, en la suma de \$ 56.648.28, efectiva a partir del 22 de octubre de 1986, en la cual liquidó la pensión de jubilación únicamente con la asignación básica.
- La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP- mediante Resolución N° 29991 del 7 de diciembre de 2000 reliquidó la pensión de jubilación aumentando la cuantía en la suma de \$ 1.001.491.82 efectiva a partir del 1 de enero de 2000, posteriormente a través de la Resolución N° UGM 034812 del 23 de febrero de 2012 niega la reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales.
- La Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP- mediante Resolución N° RDP 035051 del 18 de noviembre de 2014, niega la reliquidación de la pensión jubilación de la demandante bajo el argumento que en la liquidación de la pensión se encuentran los factores taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, la cual no

contempla en la liquidación las primas de navidad, vacaciones, servicios, auxilio de transporte, alimentación, bonificación por recreación.

- Contra dicha decisión se interpuso recurso de apelación solicitando que se reliquide la pensión con todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado la demandante en el último año de servicios por encontrarse amparada en el régimen de transición no solamente de la Ley 33 de 1985-artículo primero párrafo segundo-, sino también del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- A través de la Resolución N° 005343 del 10 de febrero de 2015 la entidad demandada resolvió el recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución N° 035051 del 18 de noviembre de 2014 argumentando que la liquidación de las pensiones se deben efectuar de conformidad con lo establecido en el inciso 3 del artículo 1 de la Ley 62 de 1985.
- La liquidación de la pensión de jubilación de la demandante con lo devengado en el último año de servicios que transcurrió entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 1999, certificado por el pagador del Colegio de Boyacá, debe contemplar los siguientes factores salariales:

Asignación básica
Subsidio de alimentación
Prima de grado
Prima de vacaciones
Bonificación por capacitación y
Prima de navidad

➤ **JURÍDICOS:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 2, 6, 13, 25 y 58

NORMAS DE RANGO LEGAL

Código Civil, artículo 10
Ley 57 de 1887, artículo 5
Ley 33 de 1985
Ley 4 de 1966
Decreto 1743 de 1966

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 de la Constitución Política, que por tanto, no comprende los motivos por los cuales la entidad demandada no tiene en cuenta el principio de igualdad, no puede existir desigualdades entre los iguales, pues la entidad al reconocer a unos trabajadores la pensión de jubilación con todos los factores salariales y a otros no, viola el derecho fundamental a la igualdad consagrado en la Carta Magna.

Sostuvo, que la entidad demandada no tuvo en cuenta en el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación, el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política que establece que se debe liquidar la pensión de jubilación con la norma que más le favorece y en este caso con todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado en el último año de servicios.

Indicó, que las Altas Cortes de lo Contencioso Administrativo han manifestado variadas jurisprudencias que los factores salariales que no se hicieron descuento para pensión, la entidad puede solicitar al empleador como al trabajador para que realice el respectivo aporte para pensión en el porcentaje que determine la ley.

Asimismo sostuvo, que Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, no observa el régimen de transición que cobija a la señora Ana Victoria Caro Galindo, por lo que tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación con todos los factores salariales del último año de servicios de acuerdo a las leyes y las jurisprudencias emitidas por las diferentes Corporaciones en materia administrativa.

Que en su sentir, no entiende los motivos por los cuales la entidad demandada reconoce y reliquida la pensión de jubilación únicamente con el factor salarial de la asignación básica, sin tener en cuenta que hace parte del salario todo lo que habitual y periódicamente recibe el trabajador y que se subsume dentro de la definición de salario, insistiendo que conforme al principio de favorabilidad se debe reliquidar la pensión con todos los factores salariales 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. 70 a 78) presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones deprecadas.

Indicó, que la entidad demandada debe sujetarse a lo establecido en la ley para la expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional como el que se discute en el presente caso, que los actos administrativos demandados fueron proferidos con base en la Ley 33 y 62 de 1985 en el entendido que la demandante adquirió su status pensional el 22 de octubre de 1986.

Respecto a la solicitud de la inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión manifestó que la persona que al 29 de enero de 1985, fecha de vigencia de la Ley

33 de 1985 haya cumplido 15 años de servicio le aplicaran las disposiciones que sobre edad regían con anterioridad, esto es, el Decreto 1848 de 1969, que en el *sublite*, la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición contenido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 ya que al 29 de enero de 1985 tenía más de 15 años de servicios.

Que si bien es cierto, la demandante se encontraba cobijada por el régimen de transición contenido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, también es cierto que las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la Ley 33 de 1985 están contenidas en el Decreto 1848 de 1969 el cual establecía como requisito de edad para la pensión, 50 años de edad si es mujer y 55 años de edad si es hombre.

De igual forma sostiene que no deben tenerse en cuenta en la base de liquidación todos los factores salariales devengados por la accionante durante el año en el cual adquirió el estatus de pensionada, sino únicamente aquellos factores sobre los cuales realizó aportes, ello en aplicación a la sentencia C-258 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional.

Que en vista de los factores salariales obrantes en el expediente administrativo de la demandante, se observa que la pensión se liquidó con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, con 50 años de edad y 20 años de servicios, con el 75 % del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyéndose éstos factores sobre los cuales la demandante efectuó aportes, que conforme a lo anterior, la misma se encuentra ajustada a derecho, por lo que no es viable reliquidar tal prestación toda vez que ya fueron incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, solicitando entonces que sean denegadas las pretensiones de la demanda.

Como excepciones propuso: Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales y prescripción de las mesadas, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 178-180): insistió que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Boyacá la señora Ana Victoria Caro Galindo tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales – asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones, bonificación por capacitación y la prima de navidad-, factores devengados habitual y periódicamente como retribución directa de sus servicios.

Entidad Demandada (fls.175-177): Ratifica cada uno de los argumentos esbozados con la contestación de la demanda solicitando que se denieguen las pretensiones del libelo.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 14 de agosto de 2015 (fls. 49-51) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 3 de septiembre de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 56 y 58); por lo anterior, a partir del 4 de septiembre de 2015 y hasta el 8 de octubre de 2015, 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 9 de octubre de 2015 al 24 de noviembre 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 la señora ANA VICTORIA CARO GALINDO tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación y se incorporen en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Tesis parte demandante: sostiene que la pensión de la demandante debe ser liquidada con la inclusión de todos los factores salariales que constituyen salario del último año de servicios, que transcurrió entre el 1 enero y el 31 diciembre de 1999, toda vez que se encuentra amparada bajo el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Tesis entidad demandada: sostiene que la entidad debe estar sujeta a lo establecido en la ley para la expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho pensional como en el caso bajo estudio, de manera que los actos enjuiciados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición. Asimismo solicita la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013.

Tesis del Despacho: En torno al fondo de la controversia, se observa que la accionante se encuentra amparada por el régimen de transición pensional previsto por el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, por lo cual su situación se rige por los mandatos de la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, es decir que tiene derecho al pago de la pensión de jubilación en cuantía del 75% de lo devengado en el último año de servicios, pues los factores enlistados por dichas normas no son taxativos y, por lo tanto, la prestación se liquida con inclusión de todo lo devengado por el trabajador sin perjuicio de que se hagan los descuentos por aportes a que hubiere lugar, atendiendo el precedente jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado.

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 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 de la 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 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 impositivos, 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 JURÍDICAS.

TRANSICIÓN DE LA LEY 33 DE 1985

El Parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 dispone:

“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”.

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.

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.

En consecuencia, las personas que se encontraban en el supuesto fáctico 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 de 1985.

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 de 1985, toda vez que al hallarse en el supuesto fáctico señalado en el párrafo 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 del 93, resulta indiferente lo preceptuado por esta última en su artículo 36.

RÉGIMEN DE LOS EMPLEADOS OFICIALES DEL ORDEN TERRITORIAL (LEY 6ª DE 1945)

En referencia al régimen de los empleados oficiales del orden territorial aplicable en virtud de la transición de la ley 33 de 1985 afirma la doctrina³ con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado afirma:

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 (238) ⁴ también resulta aplicable por la transición prevista en el Parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985. Implica que la última vinculación laboral 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 la presente ley hayan cumplido (15) años continuos o discontinuos de servicio”.

En tal hipótesis y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada en el numeral precedente sobre la aplicación integral del régimen anterior (239)⁵, estas personas tienen derecho a una pensión con 50 años de edad y un monto equivalente al 75% de los salarios promedios mensuales devengados en el

³ Quintero Sepúlveda, Álvaro. Pensiones del sector público: la transición continua. Jurisprudencia de las Altas Cortes. Editorial Librería Jurídica Sánchez R: Ltda. Tercera Edición. Bogotá, 2011. Página 209.

⁴ En el libro esta cita, numerada 238, aparece originalmente así: “Consejo de Estado, Sección Segunda Rad. 25000-2.3-25-000-20003-07314-01 (2339-07) de 24/07/2008, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Del mismo magistrado, la sentencia de 24 de junio de 2009, Rad. 25000-23-25-000-2005-10761-01. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. En línea: www.notinet.com.co”

⁵ Original de la Cita 239: “Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación 4260 del 21 de septiembre de 2006, M:P: Jaime Moreno García. “A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto también se debe aplicar el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho* (...) Además, ni se podría aplicar por una parte la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de “*inescindibilidad de la ley*” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales”. Ver también la sentencia con radicación No. 25000-23-25-000-2005-04715-01 (2599-07) del 2 de octubre de 2008 M.P. Gustavo Gómez Aranguren: “la aplicación de la ley 100 de 1993 en cuanto al Ingreso Base de liquidación y lo factores salariales a partir de los cuales debe calcularse el monto pensional, precisa la sala que de conformidad con el principio de “*inescindibilidad de la ley*” tal apreciación resulta equívoca, pues dentro de una sana hermenéutica no es viable desmembrar las normas legales, de manera que a quien resulte beneficiario de un régimen de transición, debe aplicársele en íntegro el régimen que lo cubre y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento”. En línea: www.consejodeestado.gov.co.”

último año, tal como lo prevé el artículo 5º del Decreto 1743 de 1996, reglamentario de la Ley 4 de 1966, sin sujeción, por lo tanto, a los factores de salario del artículo 45 del Decreto 1045, aplicable sólo a los empleados del orden nacional. Prescribe el artículo 5º del Decreto 1743 de 1966:

“A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios (...)”

A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia, en virtud del principio de inescindibilidad se ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04 se dijo:

“El asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la ley 62 de 1985, como lo alega la entidad demandada, o si por el contrario, la norma aplicable para dicho efecto es el Decreto 1045 de 1978, como lo pide el demandante. El actor se encuentra, como bien lo señaló el Tribunal, en el segundo supuesto pretranscrito, ya que antes de la expedición de la ley 33 de 1985 tenía más de 15 años al servicio del Estado. Es decir, quedó inmerso en el régimen de transición de la citada Ley 33 de 1985, lo que lo colocaba fuera del ámbito de aplicación de la ley 33. Esta Corporación en sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, señaló que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con fundamento en los factores de la Ley 33 de 1985, cuando ésta normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición.”

En consecuencia el reconocimiento pensional efectuado a la accionante debió sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y a las normas que la modificaron o adicionaron. Además la prestación reconocida a la actora debió cuantificarse en un 75% de lo devengado durante el último año.

6. SOLUCIÓN DEL CASO

Lo probado en el proceso

- La señora Ana Victoria Caro Galindo nació el 22 de octubre de 1936 según copia de su cédula de ciudadanía y su registro civil de nacimiento, (CD contentivo del expediente administrativo pensional que obra a folio 61-documento 4).
- La demandante laboró como Docente para el Colegio de Boyacá, desde el 01 de febrero de 1964 hasta el 31 de diciembre de 1999 (ver certificado de información laboral – fl. 40).
- La demandante cumplió los 50 años de edad el día 22 de octubre del año 1986, teniendo más de 20 años de servicios al Estado para esa fecha (Ver cedula de ciudadanía– Documento N° 1301 expediente administrativo medio magnético fl. 61)
- Que mediante Resolución N° 05906 del 01 de junio de 1989, CAJANAL le reconoció pensión de jubilación a la demandante, efectiva a partir del 22 de octubre de 1986, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica (ver acto de reconocimiento – fls. 22 a 25).
- Que la pensión de la demandante fue reliquidada al retiro del servicio mediante resolución N° 29991 del 7 de diciembre de 2000, aumentando la cuantía de la pensión (fls. 26 a 28).
- La demandante solicitó el 3 de junio de 2011 la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, petición que fue negada por la entidad demandada mediante Resolución N° RDP 034812 del 23 de febrero de 2012 (fls. 29 y 30)
- Solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, petición que fue negada por la entidad demandada mediante Resolución N° RDP 035051 del 18 de noviembre de 2014 (fls. 16 a 18) y confirmada en sede de apelación por la Resolución N° RDP 005343 del 10 de febrero de 2015 (fls. 19 a 21).
- Que la señora Ana Victoria Caro Galindo percibió durante el último año de servicios los siguientes factores salariales (fls. 38 y 42):

Asignación Básica
Subsidio de Alimentación
Prima de Grado
Prima de Vacaciones
Bonificación por capacitación
Prima de Navidad

Los actos demandados y el régimen pensional aplicable.

En el presente caso se demandaron los siguientes actos administrativos: **i)** nulidad de la **Resolución N° RDP 035051** del 18 de noviembre de 2014 mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, **ii)** nulidad de la **Resolución N° RDP 05343** del 10 de febrero de 2015, por el cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución N° 035051 del 18 de noviembre de 2014.

Así mismo, se observa que la señora **Ana Victoria Caro Galindo**, ingresó a trabajar el día 1 de febrero de 1964 hasta el 31 de diciembre de 1999, por lo que para el Despacho es claro que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985), teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, la accionante tenía más de 15 años de servicios, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 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, es la Ley 6 de 1945, norma que regía las pensiones de los empleados de carácter territorial con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 33 de 1985. Lo anterior considerando que la demandante contaba con más de quince (15) años de servicios continuos a la entrada en vigencia de la pre citada ley, y por ello le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con las previsiones de la Ley 6 de 1945, es decir, con veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad, además de aplicarse lo dispuesto por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes

Ahora bien, como quiera que para el caso en concreto se discute la inclusión de factores salariales, se debe tener en cuenta lo establecido en la el artículo 5° del Decreto 1743 de 1966, que se refiere en lo que toca a la base de liquidación de las pensiones al promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, debiendo ser incluidos todos aquellos pagos con carácter salarial⁶.

6.1.- Decisión.

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 fueron expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad de las Resoluciones N° RDP 035051 del 18 de noviembre de 2014, y RDP 005343 del 10 de

⁶ En la Sentencia SU-995/1999 la Corte Constitucional acoge una interpretación amplia del concepto salario, al tenor de lo establecido en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, conforme al cual dentro del mismo "*deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes (...)*", definición que también acoge el Consejo de Estado en sentencias como de la Unificación Jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 con radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

febrero de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Proyección Social,

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 70% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el enero a diciembre de 1999. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos del demandante.

De la prescripción Trienal

Los valores a pagar se reconocerán a partir del 30 de julio de 2011, por ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción trienal extintiva de los derechos laborales, por cuanto la petición de reliquidación se radicó bajo el No. 2014-514-220763-2 el día 30 de julio de 2014 (fl. 31).

Del ajuste de la condena.

Las sumas a reconocer y pagar se actualizarán de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = R.H. \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor “R” se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el índice inicial vigente a la fecha en que debía hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada de la pensión de jubilación y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 192 del C.P.A.C.A., cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

De los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir.

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, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad **de las mesadas adeudadas** cuando se haga el reconocimiento prestacional, en garantía de la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, es imperativo hacer una nueva reflexión sobre el punto, atendiendo la problemática que pueden suscitar las fórmulas hasta ahora aplicadas pues es posible que no se logre que *“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 dependen 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 origen⁷. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica⁸ 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”⁹*, 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 C.P.A.C.A.). 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)

⁷ 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

⁸ 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.

⁹ 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

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 irrenunciabilidad¹⁰, 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.

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)¹¹. 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 mínimo¹².

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, porque 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.¹³ Esta

¹⁰ 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 GOMEZ ARANGUREN.

¹¹ 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)

¹² 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.

¹³ 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 jubilación, 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 apareja 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

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 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”¹⁴:

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 fundamentales como la dignidad humana, justicia e igualdad material, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad a las condiciones mínimas de existencia 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

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.

¹⁴ 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

derechos fundamentales radica en ella¹⁵, 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 ya 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 legales¹⁶; **(ii)**.-Los descuentos proceden al momento del reconocimiento pretensional¹⁷. **(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 dependen económicamente."

En conclusión 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 Pretelt Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL.

¹⁷ 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, l (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."

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 cumplimiento de la legalidad y del principio de confianza legítima se vulneran cuando su actuar está sujeto a procedimientos ajenos a su voluntad.
- c) La demandante sólo puede ser deudora 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, deberá aplicarse las mismas reglas.

7.- DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

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 Estado¹⁸, 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

¹⁸ 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).

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.
- 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 CGP19, 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 y atendiendo el criterio **objetivo** emanado del análisis jurisprudencial en cita, se tiene que en el presente caso deberá condenarse en costas a la parte vencida en juicio, es decir a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, 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: Declarar la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP. En consonancia con lo anterior, se declaran prescritas las mesadas pensionales causadas antes del 30 de julio de 2011 conforme a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en: i) Resolución N° RDP 035051 del 18 de noviembre de 2014, mediante la cual se niega la reliquidación la pensión de la demandante, ii) Resolución N° RDP 05343 del 10 de febrero de 2015, por el cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución N° RDP 035051 del 18 de noviembre de 2014.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP - liquidar en debida forma, reconocer y pagar a la señora ANA VICTORIA CARO GALINDO identificada con la C. C. No. 23.257.492 de Tunja el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, que transcurrió entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1999. Es decir que al factor salarial ya reconocido asignación básica, se deberá adicionar los factores subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima

¹⁹ "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 (...)"

de navidad, prima de grado y bonificación por capacitación, con efectos fiscales a partir del 30 de julio de 2011, por efectos de la prescripción trienal.

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, solo en el porcentaje que le corresponda por ley al accionante y conforme a la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a la mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente 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.

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.

SÉPTIMO.- Se condena parcialmente en costas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. 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