



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 003 2015 0181 00
Demandante: MARLENE MORALES RINCÓN
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:** MARLENE MORALES RINCÓN, identificada con C.C. No. 21.223.892 de Villavicencio.
- **DEMANDADO:** Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, a través de la cual el Secretario General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" le reconoció la pensión de jubilación a la señora Marlene Morales Rincón.

Resolución N° 0843 del 2 de abril de 2001, por medio de la cual el Secretario General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000.

Resolución N° 4721 del 30 de diciembre de 2003, suscrita por el Gerente liquidador del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA en liquidación" y en la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Marlene Morales Rincón.

Resolución N° 2089 del 23 de enero de 2014, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., y a través de la cual se negó la reliquidación de pensión de vejez de la demandante.

Resolución N° 4019 del 6 de febrero de 2014, suscrita por la Directora de Determinación de Derechos Pensionales Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2089 del 23 de enero de 2014.

Resolución N° 4535 del 11 de febrero de 2014, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, a través de la cual se resolvió negativamente el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 2089 del 23 de enero de 2014.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora Marlene Morales Rincón, con el promedio de todo lo devengado durante el último año de servicios de conformidad con las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, con efectos fiscales desde el 29 de noviembre de 1993.

De la misma manera solicitó ajustar la prestación económica reconocida con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), y a efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.

Que se condene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos por la ley y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

Señaló, que la señora Marlene Morales Rincón laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria del 1 de agosto de 1967 al 1 de noviembre de 1997.

Indicó, que de conformidad con la Resolución N° 02872 del 7 de diciembre de 2000 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria asumió el pago de los aportes en pensión y el correspondiente pago de la misma al considerar que mediante Acuerdo N° 04 de 1969 se estableció el pago directo a sus empleados de todas las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran incluidas las pensiones. Los aportes que por ley, les

correspondería efectuar a los empleados los asume la entidad y lo hace por todos los pagos que constituyen salarios.

Así mismo señaló, que a través de la Resolución N° 02872 del 7 de diciembre de 2000 el INCORA reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación en favor de la señora Marlene Morales Rincón, por cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio en cuantía inicial de \$ 372.281, a partir del 7 de octubre de 1999; que a través de la Resolución N° 843 del 2 de abril de 2001 el INCORA negó el derecho a la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, seguidamente que a través de la Resolución N° 4721 del 3 de diciembre de 2003 el INCORA reliquidó la pensión con fundamento en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mencionó, que a través del Decreto N° 2796 del 29 de noviembre de 2013 se dispuso que la función pensional de la liquidada INCORA, sería asumida por la UGPP a partir del 30 de noviembre de 2013; que el 26 de marzo de 2013 la demandante por medio de derecho de petición solicitó la reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de la totalidad de los factores salariales por ella devengados de conformidad y en concordancia con las leyes 4 de 1966, 33 y 62 de 1985.

Expresó, que a través de la Resolución N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014 la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP- resolvió negar la solicitud hecha por la demandante al considerar que la Corte Constitucional, la interpretación correcta y que se compadece con los principios constitucionales es la que para la liquidación de las pensiones se deban incluir los factores salariales que tengan el carácter remuneratorio y sobre los cuales se haya realizado cotizaciones al Sistema General de Pensiones, que contra dicho acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y de apelación con el fin de obtener la inclusión de la totalidad de los factores salariales, situación que fue resuelta de forma negativa en las Resoluciones N° RDP 004019 del 6 de febrero de 2014 y RDP 004535 del 11 de febrero de 2014.

Que conforme a lo anterior, la entidad demandada al momento de efectuar la liquidación de la cuantía pensional no tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por la demandante y que fueran certificados por el INCORA, lo que le representa una suma superior a la que la UGPP le reconoció, como son: auxilio de transporte, auxilio de alimentación, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

➤ **JURÍDICOS:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 1, 2, 3, 13, 25 y 53

NORMAS DE RANGO LEGAL

Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 100 de 1994 y Decreto 929 de 1976.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Mencionó, que la señora Marlene Morales Rincón al haber tenido más de 15 años de servicio al Estado es beneficiaria del régimen de transición, tal y como lo señala la UGPP, es decir que por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se le debe aplicar el régimen anterior, de lo cual manifiesta que en razón de haber laborado por más de veinte años al servicio del Estado, es beneficiaria de la aplicación de la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que a pesar que el INCORA determinara que la demandante era beneficiaria del régimen de transición contenido en la Ley 33 de 1985, incurre en error respecto a la base de liquidación que tomó para liquidar la pensión, puesto que lo efectuó con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio, conforme al inciso tercer del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que será equivalente al setenta y cinco por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Señaló, que con la expedición de los actos demandados la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, viola el régimen de transición del cual es beneficiaria la demandante, ya que al cumplir con más de 15 años de servicio al momento de entrar a regir el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, es acreedora al régimen de transición, por lo que se debió aplicar para la liquidación de la cuantía de la pensión el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, puesto que de no ser así, violaría el principio de inescindibilidad de la ley, que obliga a la aplicación en forma integral de una ley y tomar parte de una ley o norma en este caso la Ley 33 de 1985 y de otra parte aplicar a la base de liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mencionó, que en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno de la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, excluyéndose aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Finalmente, referenció las sentencias 596 de 1997 y T-235 de 2002 de la Corte Constitucional.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (fls. 61 a 69) presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones deprecadas, bajo el argumento que los actos administrativos demandados, fueron expedidos con estricta sujeción a los parámetros de las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, lo cual permite predicar la presunción de legalidad con la cual se encuentran revestidos.

Respecto a la incorporación al Sistema General de pensiones indicó que la demandante alcanzó su estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que trabajó para el Estado en su último cargo que fue en el ICA, por lo que se regía por un régimen especial; que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se creó un nuevo Sistema de Seguridad Social, que ordenó en el artículo 151 la incorporación de servidores públicos al nuevo sistema mediante el Decreto 691 de 1994 artículo 1º; que la demandante quedó cobijada por este nuevo régimen y por cumplir con los requisitos de la misma ley se benefició del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión indicó que en el caso concreto obedecen a los factores estipulados taxativamente en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994; que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 sostuvo una interpretación que permite la inclusión de todos los factores sin que tenga en consideración si estos tienen el carácter de remunerativo o si sobre los mismos se realizó cotización al sistema general de pensiones.

Manifestó, que una aplicación como la que viene dando el Consejo de Estado a la normatividad sobre el régimen de transición conduce a la concesión de beneficios desproporcionados con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad; que para la UGPP no es opcional el reconocimiento y aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional por cuanto es el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional; que le es válido y pertinente apartarse del precedente del Consejo de Estado en relación a la aplicación del régimen de transición por los pronunciamientos interpretativos que ha realizado la Corte Constitucional y porque la figura de la extensión jurisprudencial contempla posibilidad de apartarse de la misma.

Indicó, que no se pueden desconocer los principios de solidaridad y sostenibilidad presupuestal, pues el primero señala que los aportes que realiza el afiliado constituye los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión, de lo contrario se generaría un desequilibrio en el sistema financiero del régimen general de pensiones; el segundo implica que debe mantenerse un equilibrio económico para garantizar el reconocimiento del derecho de los afiliados que alcancen los requisitos, de lo contrario se pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones.

Explicó, que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por ende no era viable que se calculara el ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado en el último año, sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta; que las Leyes 33 y 62 de 1985 no consagran los factores salariales que pretende en la demanda y de los cuales no se han efectuado aportes; que así haya devengado otros factores salariales, para efectos del reconocimiento del monto de la pensión se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los cuales realizó aportes.

Solicitó, la aplicación de los criterios expuestos en la sentencia C-258 de 2013, cuyo pronunciamiento alude a las pensiones más altas, específicamente a las percibidas por los congresistas y magistrados de las Altas Cortes, pero que sus efectos se pueden extender a otros casos consultando el espíritu de las normas que le sirvieron de fundamento; y en la sentencia SU-230 de 2015, en la cual se encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base liquidación IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca; que la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez analizó el IBL, en el sentido que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación; que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamiento de la sala plena que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que la anterior interpretación es la que soporta la posición asumida por la entidad demandada, que las mesadas en régimen de transición se liquida con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que el periodo de liquidación y factores, es decir, el cálculo IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993, del cual solicita su aplicación.

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.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 164-167): El apoderado de la parte demandante en su escrito de alegaciones reafirmó cada uno de los argumentos plasmados en el libelo introductorio, solicitando al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Entidad Demandada (fls.158-163): Señala que los actos administrativos demandados se expidieron con sujeción a los parámetros de la leyes aplicables al momento de adquirir su status pensional; que se le reconocieron los factores salariales 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.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 27 de octubre de 2015 (fls. 39 -41) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 13 de noviembre de 2015, a través del correo electrónico suministrado por la parte actora (fls. 46 y 48); por lo anterior, a partir del 17 de noviembre de 2015 y hasta el 14 de enero de 2016, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 15 de enero de 2016 al 25 de febrero de 2016, 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:

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

Tesis de la parte demandante: La liquidación de la pensión de la señora Marlene Morales Rincón debe efectuarse con la inclusión del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con las leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, con efectos fiscales del 29 de noviembre de 1993 (fl.3).

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, sentencia SU 230-15.

El Despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación de la demandante, bajo el régimen escalecido en el Decreto 1045 de 1978 toda vez que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición señalado en la Ley 33 de 1985, en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el último año de servicios cuya naturaleza sea remuneratoria, pues si bien dichas normas no contemplan todos los factores por él devengados, debidamente certificados, 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.

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 no medios exceptivos 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 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 FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- La señora Marlene Morales Rincón, nació el 7 de octubre de 1949 según copia de su cédula de ciudadanía y su registro civil de nacimiento (Cd expediente administrativo pensional folio 52 – documentos 3 y 4).
- La demandante cumplió los 50 años de edad el 7 de octubre de 1999, teniendo más de 20 años de servicios al Estado para esa fecha (Ver cedula de ciudadanía–expediente administrativo medio magnético fl. 52 documento 4 y certificado de información laboral documento 7)
- A través de la Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, el Secretario General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria “INCORA”, reconoció y ordenó el pago de jubilación a la demandante a partir del 7 de octubre de 1999 (fls. 12-15).
- En la Resolución N° 0843 del 2 de abril de 2001, la Secretaría General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria “INCORA” resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la Resolución N° 2872 de 2000. (fls. 16-17)
- A través de la Resolución N° 4721 del 30 de diciembre de 2003, el Gerente liquidador del INCORA, reliquidó la pensión de la señora Marlene Morales

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 ARIZA 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.

Rincón, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado mensualmente durante el tiempo comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997. (fls. 19-21).

- A través de la Resolución N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, negó la reliquidación de la pensión de la demandante (fls. 27-28)
- En Resolución N° RDP 004019 del 6 de febrero de 2014 la entidad demandada resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014 confirmándola en todas y cada una de sus partes (fls. 29-32)
- Asimismo, a través de la Resolución N° RDP 004535 del 11 de febrero de 2014, la a Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP resolvió un recurso de apelación en contra del acto administrativo contenido en la Resolución N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014, el cual fue confirmado en su totalidad (fls. 33-34A)
- De conformidad con la certificación suscrita por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades liquidadas se logra evidenciar que la señora Marlene Morales Rincón, laboró en el liquidado Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, desde el 1 de agosto de 1968 hasta el 31 de octubre de 1997, que el último cargo desempeñado fue el de "SECRETARIO EJECUTIVO 20", que su vinculación fue legal y reglamentaria situación que le otorga la calidad de empleada publica, que durante el último año de servicios 1 de noviembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 1997 devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, adición prima de vacaciones, prima semestral, bonificación por compensación, adición bonificación compensación y bonificación quinquenal (fl. 35)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

5.3.1. Normatividad aplicable a la pensión de jubilación

Observa el Despacho que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a través de la Resolución No. 2872 del 7 de diciembre de 2000, reconoció a la señora Marlene Morales Rincón una pensión de jubilación, al encontrar que la aquí demandante había laborado al servicio del INCORA desde el 1 de agosto de 1968 hasta el 31 de octubre de 1997 y que para la fecha contaba con más de 51 años de edad (f.12), razón por la cual consideró que *"...la liquidación para establecer la cuantía de la pensión de jubilación se hace en la forma prevista en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con base en el promedio entre el primero (1º) de abril de 1994 y el 31*

de octubre de 1997, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor...” (f. 13).

Como quiera que la parte actora no estuvo de acuerdo con el monto allí reconocido solicitó a la entidad demandada reliquidar su pensión al considerar que al momento de su reconocimiento la entidad demandada le aplicó dos regímenes diferentes “*el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 en lo relacionado con el tiempo de servicios, la edad y el 75% del salario promedio, pero se aplicó erróneamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para establecer el salario promedio que aplicándole el 75% resulto una cuantía de \$ 372.281 a partir del 7 de octubre de 1999*” (f. 22), esta misma situación fue puesta en conocimiento de la entidad demandada nuevamente a través de la petición No. 2014-514-022745 del 5 de febrero de 2014 (f. 25).

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

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

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

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

“ARTICULO 36 - . Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

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

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

En el presente caso encuentra el Despacho que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Marlene Morales Rincón se hallaba dentro del régimen de transición, toda vez que para la fecha cumplía con 40 años de edad y más 15 años de servicio, como quiera que de acuerdo con el registro civil de nacimiento de la demandante³, así como la certificación expedida por la coordinadora del grupo de gestión integral de entidades liquidadas⁴, la demandante tenía 43 años de edad y 26 años de servicio.

A este misma conclusión llegó la entidad demandada, no obstante consideró, que el régimen respecto a los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación era el establecido en el Decreto 1158 de 1994 (f. 30); no obstante la accionante considera que a la misma se le debe aplicar en su integridad el régimen establecido en la Ley 33 de 1985, en cuanto dicha situación le es más favorable. Al respecto es preciso señalar que el artículo 1 de la referida disposición establece que el empleado oficial tendría derecho a una pensión vitalicia de jubilación correspondiente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que hubiese cumplido 55 años de edad y haya prestado su servicio por 20 años ya sean continuos o discontinuos; no obstante el parágrafo 2 del artículo 1 establece:

³ 7 de octubre de 1949 según copia de la cedula allegada en medio magnético.

⁴ La señora Marlene Morales Rincón ingreso a trabajar en el instituto colombiano de la reforma agraria INCORA, desde el 1 de agosto de 1968. (f. 35)

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

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la señora Marlene Morales Rincón a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) contaba con 16 años de servicios en el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, resultaba ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, lo que permite establecer que el régimen aplicable pensional sería el establecido con anterioridad, pues dicha transición no hace más que respetar, por mandato constitucional, todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos, conforme a disposiciones normativas anteriores y por ello dicha garantía no debe ser extensiva solo a la edad, sino a las demás disposiciones sobre monto y factores contenidos en las normas anteriores, ya que son estas las que rigen al empleado oficial que habiendo servido al Estado el tiempo estipulado, no ha cumplido la edad cronológica para exigir la prestación, o todavía no la ha reclamado. Entonces, los empleados oficiales que se encuentran dentro del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, conservan el régimen que para entonces se aplicaba al orden nacional, es decir los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

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

5.3.2. Factores base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Marlene Morales Rincón.

Sostiene la parte actora que de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y la corte constitucional y de conformidad con la normatividad aplicable, la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, se debe liquidar teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario, no siendo posible pretender como lo sostiene la entidad demandada que el ingreso base de liquidación es el establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, así como tampoco los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;

- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.”.

Así las cosas, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado los factores allí enunciados no corresponden a una lista que sea netamente taxativa, por el contrario, la misma solo establece algunos de los factores que deben de ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, al respecto sobre el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción señaló⁵:

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

(...)

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.⁶

(Negrilla y subraya fuera del texto)

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

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 9 de julio de 2009. Radicado: (0208-07)

⁶ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

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

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

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

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

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

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

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

(...)

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.⁷ (Negrilla y subraya fuera del texto)

Este mismo planteamiento fue nuevamente expuesto por el Consejo de Estado sentencia del 9 de octubre de 2014; radicado 0837-12 C.P. Gerardo Arenas Monsalve en la cual al referirse en un caso similar al puesto en consideración de esta instancia, señaló:

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

(...)

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

⁷ Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda; C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010; radicado: 0112-09.

De acuerdo con lo anterior es claro que a pesar que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en lista una serie de factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación para la pensión de la demandante, como lo establece la jurisprudencia antes referida, dicha lista no es taxativa, razón por la cual para determinar el monto reconocido a la señora Marlene Morales Rincón, es necesario que se tengan en cuenta todos aquellos elementos que constituyen factor salarial.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron los siguientes actos administrativos: **i)** Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora Marlene Morales Rincón, **ii)** Resolución N° 0843 del 2 de abril de 2001, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, **iii)** Resolución N° 4721 del 30 de diciembre de 2003, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Marlene Morales Rincón, **iv)** Resolución N° 2089 del 23 de enero de 2014, a través de la cual se niega la reliquidación de pensión de vejez de la demandante; **v)** Resolución N° 4019 del 6 de febrero de 2014, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2089 del 23 de enero de 2014 y **vi)** Resolución N° 4535 del 11 de febrero de 2014, a través de la cual se resolvió negativamente el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 2089 del 23 de enero de 2014.

Al respecto, el Despacho considera pertinente establecer sobre qué actos administrativos se realizara el juicio de legalidad, toda vez que la demandante al provocar nuevos pronunciamientos por parte de la administración sobre su situación pensional, debe cuestionar las últimas decisiones administrativas que define su situación jurídica y particular. En el presente caso, la solicitud de la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio que fueron resueltas de forma negativa en las Resoluciones N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014, RDP 004019 del 6 de febrero de 2014 y RDP 0004535 del 11 de febrero de 2014.

Por lo tanto, respecto a los 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; al respecto el Tribunal Administrativo de Boyacá, al momento de referirse al tema en comento ha precisado:

“se reitera entonces que el interesado puede solicitar la reliquidación pensional las veces que considere necesario, pero esta solo se cancelará la diferencia por el periodo de los tres (3) años anteriores a la solicitud elevada ante la autoridad administrativa o la fecha de la presentación de la demanda, si entre estos dos acontecimientos no ha transcurrido un término superior al citado.

*Conforme a lo expuesto, solamente será necesario demandar ante la administración los **últimos actos provocados por el accionante, salvo que con decisiones anteriores se pretenda interrumpir el término prescriptivo que afecta el pago de las diferencias de las mesadas.***

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que en el presente caso no era necesario demandar las resoluciones No. 02772 del 17 de febrero de 2003 y 09378 del 28 de marzo de 2007, pues estas fueron expedidas cinco (5) y nueve (9) años antes de que nacieran a la vida jurídica los actos enjuiciados; así las cosas, en nada afectaba la conformación del contradictorio el hecho que el demandante no hubiese solicitado su nulidad, pues en el presente caso las resoluciones del año 2003 y 2007 no tenían la vocación de interrumpir la prescripción de la pago de las diferencias en las mesadas.”⁸.

En el presente caso, la parte actora solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones i) N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora Marlene Morales Rincón, ii) Resolución N° 0843 del 2 de abril de 2001, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000, iii) Resolución N° 4721 del 30 de diciembre de 2003, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la señora Marlene Morales Rincón, no obstante, advierte el Despacho que las declaratorias de nulidad en nada incide en el reconocimiento que en esta oportunidad se hace, pues la última fue proferida doce (12) años antes de la presentación de la acción de la referencia, por tanto el estudio de su legalidad resulta irrelevante en la existencia del mundo jurídico, pues la situación que allí se plasma ya se encuentra consolidada.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que la demandante puede solicitar en cualquier tiempo la reliquidación de su pensión de vejez, son las Resoluciones N° RDP 002089 del 23 de enero de 2014, RDP 004019 del 6 de febrero de 2014 y RDP 0004535 del 11 de febrero de 2014, las que negaron el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación reconocida según Resolución No. 2872 del 7 de diciembre de 2000 a la señora Marlene Morales Rincón, la cuales resuelven su situación jurídica, particular y concreta frente a la reliquidación de la misma, siendo estos los actos administrativos y no otros los enjuiciables ante esta jurisdicción, por ende, el Despacho estudiara solo su legalidad.

Por lo anterior, y de conformidad con lo estipulado en el párrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la demandante se encuentra amparada en el régimen de transición de la referida ley, lo que significa que se le confiere el beneficio de pensionarse conforme a la edad exigida en normas anteriores, por tanto, su pensión se rige por la Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, por consiguiente, corresponde al Despacho realizar un estudio con el fin de establecer si los factores devengados durante el último año de servicios 1 de noviembre de 1996 al 31 de octubre de 1997

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, Auto del 9 de febrero de 2016; acción de nulidad y restablecimiento del derecho M.P. Fabio Iván Afanador García; radicación: 152383333002201300413-02

(asignación básica, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, adición prima de vacaciones, prima semestral, bonificación por compensación, adición bonificación compensación y bonificación quinquenal), se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, pues a ello se encaminaron las pretensiones de la demanda.

Es preciso señalar que la mayoría de factores salariales devengados por la demandante (f. 35) y que no fueron incluidos por la entidad demandada (f. 17), se encuentran señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978:

“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual;

b. Los gastos de representación y la prima técnica;

c. Los dominicales y feriados;

d. Las horas extras;

e. Los auxilios de alimentación y transporte;

f. La prima de Navidad;

g. La bonificación por servicios prestados;

h. La prima de servicios;

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

j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k. La prima de vacaciones;

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

ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.”

En consecuencia, la prestación reconocida a la parte actora debió cuantificarse en un 75% de lo devengado durante el último año, incluyendo los factores establecidos en el mencionado artículo, pues los factores salariales cuya inclusión en la base de liquidación de la pensión se reclama está contemplado en la norma que se acaba de transcribir, que en virtud del análisis normativo se encuentra cobijada por el régimen de transición, no obstante y los que a pesar de ser devengados por la actora no se encuentran expresamente allí señalados, al momento de reliquidar la pensión de la señora Marlene Morales Rincón deberán ser incluidos en el ingreso base de liquidación, toda vez que de acuerdo con los diferentes pronunciamientos del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción la lista allí establecida no es taxativa sino enunciativa.

6.1. De la prescripción Trienal

Conforme a las facultades otorgadas en el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho encuentra que está demostrada la prescripción de algunas de las diferencias salariales y prestacionales que le deben cancelar a la demandante; en efecto, se advierte que la **última** petición que dio origen al acto administrativo principal demandado por el cual se negó el derecho al accionante, fue radicado en la entidad demandada el **26 de marzo de 2013** (fl. 22), razón por la cual se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción, no obstante las sumas causados con anterioridad al **26 de marzo de 2010** están prescritas.

Bajo las anteriores precisiones, la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP deberá liquidar y pagar al demandante las diferencias salariales y prestacionales, durante los períodos comprendidos desde el **26 de marzo de 2010** hasta la fecha, teniendo en cuenta que las sumas causadas con anterioridad ya se encuentran cobijadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Aunque la apoderada de la parte demandada propuso la excepción denominada “**PRESCRIPCIÓN DE MESADAS**”, la misma debe ser rechazada, toda vez que en el presente asunto no hay propiamente una prescripción de los derechos laborales de la actora, sino prescripción parcial del reajuste salarial y prestacional solicitado por la parte demandante, en la medida en que efectivamente hubo inactividad de la interesada que conlleva a la prescripción parcial de los dineros a reconocer, pero la misma, como se anotó atrás, fue suspendida con el memorial que la parte actora radicó ante la entidad demandada el **26 de marzo de 2013**, con lo cual se corrobora que la actora tiene derecho al pago parcial del reajuste solicitado, lo que de por sí ipso facto genera que no esté llamada a prosperar la presente acción.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP deberá efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de la demandante, según el índice de precios al consumidor, de conformidad con el inciso final del artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

Así mismo se advertirá que se generarán intereses moratorios sobre las sumas actualizadas a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

El restablecimiento del derecho comprenderá:

Los reajustes de la pensión de jubilación. La asignación salarial de la demandante deberá reajustarse desde el **7 de octubre de 1999 (f.14)**, es decir la fecha en la que cumplió la edad para ser acreedora a la pensión de jubilación.

El pago de las diferencias. La demandada deberá pagar a la señora Marlene Morales Rincón las diferencias que resulten **desde el 26 de marzo de 2010**, teniendo en cuenta **que el 26 de marzo de 2013** interrumpió el término de prescripción.

6.2. 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.

6.3.- Descuentos para los aportes en seguridad social en pensión y salud.

Recientemente el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá cambió su postura en torno a la naturaleza y exigibilidad de los aportes que se debieron realizar al sistema pensional, debate que surge cuando se ordena una liquidación de la pensión que incluye nuevos factores salariales. De manera unificada⁹ el Tribunal señala que dichos aportes tienen una naturaleza de carácter parafiscal y consecuente con ello su tratamiento legal debe buscarse en el Estatuto Tributario y la Ley 383 de 1997 "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el

⁹ Sentencias del Tribunal Administrativo de Boyacá que acogen esta postura: Sala de Decisión No. 1, ponencia del Doctor Fabio Iván Afanador García, Sentencia del 30 de junio de 2016, radicación 150013333004201400229-01, demandante: Juan de los Reyes Aldana, Demandado: FNPSM. Sala de Decisión No. 2, ponencia del Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana, Sentencia del 27 de abril de 2016, radicación 150012333000201500102-00, demandante Jorge Pico Enciso, demandado: COLPENSIONES. Sala de Decisión No. 3, ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Sentencia del 19 de febrero de 2016, radicación 152383331703201400096, demandante Ana Beatriz Suelta Figueroa, demandado: SENA. Sala de Decisión No. 4, ponencia de la Doctora Patricia Victoria Manjarrés Bravo, Sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación 152383333001201300362-01 demandante: Mercedes Traslaviña de Martínez, demandado: FNPSM.

contrabando y se dictan otras disposiciones”. En consecuencia estos aportes no pueden escapar a las reglas sobre pago, exigibilidad y extinción establecidas para este tipo de recursos, aunque moderadas en virtud de la naturaleza del derecho en debate, al respecto dijo el Tribunal:

“En efecto, cuando se estudia la naturaleza de los aportes la norma brinda una interpretación más asertiva, según la cual, al tener el carácter parafiscal, la obligación tiende a extinguirse como cualquier otra. En este sentido, la aplicación de las normas sobre el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales permiten deducir que se debe aplicar la prescripción de 5 años a los descuentos por aportes que debieron realizarse por parte del empleado.

Ahora bien, frente a las solicitudes pensionales es necesario detenerse a analizar la situación de quienes acuden a la administración de justicia, pues, debido a su especial protección el operador judicial debe permitirles el acceso efectivo a la Seguridad Social mediante la aplicación de interpretaciones más favorables. Al respecto, en la mencionada providencia del 19 de febrero de 2016, la Sala No. 3 de esta Corporación se refirió a este asunto así:

“Cuando se trata de prestación social, como la pensión de vejez, que por regla general, está dirigida a sujetos de especial protección, es decir las personas de la tercera edad –aquellas que cuentan con 60 años de edad o más- que sufren de una disminución de su capacidad laboral y aquella- la pensión- se constituye en la única opción real de afrontar su condición económica, exige de la administración de justicia un esfuerzo hermenéutico que busque preservar el goce de sus derechos fundamentales y su condiciones materiales de existencia.

Esta obligación forma parte del bloque de constitucionalidad (Art.93 CP). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, contempló en su artículo 17, que toda persona tiene derecho a **protección especial durante su ancianidad**. A su vez, el artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, prescribe que todos los Estados partes deben comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

De igual forma, la **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, aunque no ha sido ratificada por Colombia, constituye un precedente sobre el amparo normativo de estas personas. Consagra que, durante la vejez, el Estado debe garantizar el derecho efectivo a vivir con dignidad e igualdad de condiciones con otros sectores de la población.”

En consecuencia, a fin de procurar la protección efectiva del Derecho a la Seguridad Social de las personas de especial protección, la Sala No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá cambiará la postura que anteriormente venía aplicando. Lo anterior, considerando que al emitir la sentencia sobre la inclusión de los factores salariales, nace la obligación tributaria para el empleado y el empleador respecto de dichos factores, y por tanto, es predicable de los mismos la aplicación de la prescripción extintiva de las obligaciones.

En conclusión, respecto a la prescripción extintiva de la obligación, la Sala ordenará realizar los descuentos en aportes a pensiones durante los últimos cinco (5) años laborados, es decir, no se descontarán las sumas por aportes adeudados con anterioridad al 6 de enero de 2004.”

Igual solución aplicará el Despacho en el presente caso, atendiendo el precedente vertical, que obliga a variar la postura anteriormente sostenida por el Despacho, para señalar en el presente caso que sobre los factores base de liquidación de la pensión respecto de los cuales no se haya realizado los descuentos a la seguridad social se hagan las deducciones de ley únicamente sobre los cinco últimos años laborados.

6.4.- Respuesta a los argumentos de las partes.

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 las nulidades deprecadas 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 **1 de noviembre de 1996 al 31 de octubre de 2006**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Respecto a las excepciones planteadas por la entidad demandada, es preciso señalar que las mismas no se encuentran llamadas a prosperar toda vez que de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta providencia, a la parte actora le asiste el derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, proceda a reajustar su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales.

7. De Las Costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el artículo 365 del C.G.P. y dada la disparidad presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho, este despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado¹⁰, 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*

¹⁰ 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).

comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- 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 CGP¹¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

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

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, la cual se encuentra acreditada para los periodos causados con anterioridad al 26 de marzo de 2010.

SEGUNDO.- Abstenerse de declarar la nulidad de las Resoluciones No. 2872 del 7 de diciembre de 2000, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora Marlene Morales Rincón; N° 0843 del 2 de abril de 2011, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 2872 del 7 de diciembre de 2000 y N° 4721 del 30 de diciembre de 2003, por medio de la cual se liquidó nuevamente la pensión de jubilación de la señora Marlene Morales Rincón, de acuerdo con lo anteriormente expuesto.

¹¹ "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:(...)"

TERCERO.- Se declara la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. RDP 002089 del 23 de enero de 2014, ii) Resolución No. RDP 004019 del 6 de febrero de 2014 y iii) la Resolución No. RDP 0004535 del 11 de febrero de 2014, expedidos por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP conforme a la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la 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 Marlene Morales Rincón, identificada con cédula de ciudadanía N° 21.223.892 de Villavicencio, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es desde el 1 de noviembre de 1996 al 31 de octubre de 1997¹². Es decir que a los factores salariales ya reconocidos – sueldo (asignación básica más prima de antigüedad) bonificación por servicios prestados y bonificación por compensación¹³, -se deberán adicionar los factores salariales auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral, con efectos fiscales a partir del 26 de marzo de 2010, por prescripción trienal.

QUINTO: 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.

SEXTO: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Marlene Morales Rincón, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP respecto de los cuales no se hayan

¹² Certificación expedida por la coordinadora del grupo de gestión integral de entidades liquidadas (f.35)

¹³ Resolución N° 55019 del 23 de noviembre de 2007

realizado descuentos a seguridad social, se hagan las deducciones legales durante los cinco (5) últimos años de prestación de servicios del accionante, es decir, se aplicará la prescripción extintiva de la obligación sobre los aportes anteriores al 31 de octubre de 1992.

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

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: No condenar en costas en esta instancia.

DÉCIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** a la interesada 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